M. Freudenthal

Diss. Breslau 09 10

Zur Entwickelungsgeschichte der römischen Condictio.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

hohen Juristischen Fakultät der Kgl. Universität zu Breslau

vorgelegt von

Martin Freudenthal

Referendar

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Breslau
M. & H. Marcus
1910

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Fischer.

Correferent: Professor Dr. Leonhard.

Dem Andenken

meiner Eltern

Inhalts-Verzeichnis

Seite

A. Einleitung 1

B. I. Die Zeit des Legisaktionenprozesses 2

1. Gaius' Bericht von der legis actio per condictionem . . . 3

2. Alter der l. a. per condictionem 4

3. Gegenstand der l. a. per condictionem 5

4. Klagegründe der l. a. per condictionem 7

Baron-Jobbé-Duval-Pernice. Eigener Versuch.

5. Verfahren bei der l. a. per condictionem 16

6. Einführungsgrund der l. a. per condictionem 22

II. Zeit des sog. fakultativen Formular-Prozesses . . . 24

Keine Condictio in den Quellen — wohl aber eine abstrakte Schuldklage: die a. certae creditae pecuniae — die Begriffe a. certae creditae pecuniae und Condictio nach herrschender Meinung.

III. Zeit des obligatorischen Formular-Prozesses . . 32

1. Zeit vor Gaius 32

Condictio wieder in den Quellen bezeugt — Quellenstellen über Condictio und condicere in dieser Zeit — Bedeutung der Condictio in diesen Stellen.

2. Zeit des Gaius 39

Quellenstellen — zwei Bedeutungen von Condictio-Certum als Begriffsmerkmal der Condictio? Condictio incerti — Condictio und a. certae creditae pecuniae — Condictio im materiellen Sinn, Condictio im prozessualen Sinn — Entwickelung der Condictio nach h. M.

C. Zweifelhafte Punkte der Condictionenlehre . . . 47

Die h. L. ist eigentümlich — petitio principii in der Annahme der Kontinuität in der Entwickelung? Ergebnisse der Quellenuntersuchung — Trennung der Begriffe a. certae creditae pecuniae und condictio nicht aus sachlichen, sondern aus historischen Gründen? Identität von Condictio und abstrakter Schuldklage?

Gaius' Bericht über die Zeit des Legisaktionenprozesses — Quellen der Legisaktionenzeit — Mögliche Entwickelung der Condictio — Spätere Zeit — Prävalenz des materiellrechtlichen Begriffs.

Die Abkürzung Z. Sav. bedeutet: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte Romanistische Abteilung.

Einleitung.

Der Condictio hat die römische Rechtswissenschaft der letzten Jahrzehnte mehr Energie zugewandt als vielen anderen ihrer Gebiete. Um so eigentümlicher ist das Bild, das ein allgemeiner Ueberblick über alle diese Forscherarbeit ergibt:

Einzelne Ergebnisse, die zuerst bestritten wurden, ringen sich wohl allmählich zur Anerkennung durch; in diesen Richtungen findet ein allmählicher Sichtungs- und Klärungsprozess statt; im ganzen aber nähert man sich einander nicht, wie das sonst geschieht, man kommt eher immer weiter auseinander, findet immer neue Differenzpunkte; in dem Gebiet der Condictio herrscht eine heutzutage in der römischen Rechtsgeschichte nicht häufige Zersplitterung der Meinungen. So rechtfertigt es sich, die Lehre von ihrer Entwickelung — sei es auch nur von begrenzten Gesichtspunkten aus — einer erneuten Prüfung zu unterziehen.

Die Anschauungen über den Grundcharakter der Condictio sind verschieden: Während die einen sie in das Gebiet des materiellen Rechtes verlegen, betrachten andere sie als Institut des römischen Prozesses; dem einen ist sie die schlechthin abstrakte Schuldklage auf certum, dem anderen abstrakt nur insofern, als sie zwar nur auf bestimmte causae gestützt werden kann, aber diese causae nicht in ihre Formel aufnimmt; ein anderer wieder sieht in der Condictio die Klage, durch die „der Geschädigte wiedererlangt, was ein anderer von seinen Vermögensstücken widerrechtlich in Händen hat".

Allen diesen Einzellehren über das Wesen der Condictio aber liegen wie Orgelpunkte einige Dogmen zu Grunde, an denen, soviel ich sehe, allgemein festgehalten wird:

Volle Uebereinstimmung besteht m. W. darüber, dass die Condictio ein altrömisches, bereits der Zeit des Legisaktionenprozesses angehöriges Rechtsinstitut sei, dass sie in kontinuierlicher Entwickelung bis in die Zeit des Justinianischen Rechts fortbestanden habe, endlich, dass man sich für die Geschichte des Rechtszustandes in der Zeit des Legisaktionenprozesses im Wesentlichen an Gaius' Bericht zu halten habe[1]).

Ob diese Voraussetzungen alle ganz richtig sind, ist u. E. nicht so zweifellos, als es im Allgemeinen angenommen wird. Zunächst wird daher der Versuch gemacht werden, die Condictio durch die verschiedenen Stadien ihrer Entwickelung an der Hand der Quellen zu verfolgen. Dadurch wird der Boden für die Feststellung gewonnen werden, ob die Zweifel, die gegenüber der herrschenden Condictionenlehre noch obwalten, Berechtigung haben.

I. Zeit des Legisaktionenprozesses.

Für die Condictio des römischen Legisaktionenprozesses haben wir den ziemlich ausführlichen und klaren Bericht des Gaius IV 17a—20. Was vor dieser Zeit ist, liegt für uns im tiefen Dunkel, und spärlich nur sind die Quellen, die uns etwas über eine Condictio noch früherer Zeit zu berichten scheinen: Livius[2]) I 32 § 11 bezeichnet mit condicere die der Kriegserklärung vorausgehende Aufforderung des römischen pater patratus[3]) an das feindliche Volk, die geraubten Sachen zurückzugeben; condicere wird in dieser Stelle in Verbindung gebracht mit res repetere (l. cit. I 32 § 14), ohne indes, wie Kipp[4]) will, mit repetere identisch zu sein. Aus Gellius Noct. Att. XVI 4, 4 und Plautus Curc. I 1, 5, wo von status condictusve dies cum hoste die Rede ist, in Verbindung mit Cicero de off. I 12 § 37 und Festus p. 314

[1]) Vgl. z. B. nur Bekker Z. Sav. 25 S. 393: „Zweierlei steht über jeder Differenz der Meinungen: erstlich dass eine L. Silia die L. A. per condictionem für „certa pecunia", und eine L. Calpurnia die gleiche Legisaktion für jede „certa res" eingeführt hat . . . . Die hier etwa noch auftauchenden Zweifel dürfen bei jeder summarischen Betrachtung . . . ausser Ansatz gelassen werden."

[2]) Ueber seine Glaubwürdigkeit vergl. ihn selbst V 21, 9: . . . in rebus tam antiquis si, quae similia veris sint, pro veris accipiantur, satis habeam; vergl. Teuffel Geschichte der römischen Literatur I[5] S. 593 f.

[3]) Ueber ihn siehe Livius I 24.

[4]) Kipp in Pauly-Wissowas Real-Encyclopädie VII s. v. Condictio S. 847.

(Bruns fontes II[7] S. 40): status dies vocatur qui iudici causa est constitutus cum peregrino, ferner lex XII tab. II 2, endlich auch Macrobius Sat. I 16, 14, könnte man wohl die Vermutung herleiten, dass condicere im Rekuperatorenverfahren [1]), also im Peregrinenprozess eine Rolle gespielt haben mag [2]) [3]).

Alles das sind aber nur Vermutungen, die zu Unrecht als irgendwie begründete Wahrheiten angesehen werden würden [4]).

Gaius' Bericht von der legis actio per condictionem.

Die wichtigste Quelle für die Zeit des Legisaktionenprozesses ist das vierte Buch der Institutionen des Gaius.

Gai. IV 17 a : — qualem — capiend iudicio ad iudicem capiendum praesto esse deberent.

18 condicere autem denuntiare est prisca lingua. itaque haec quidem actio proprie condictio vocabatur; nam actor adversario denuntiabat, ut ad iudicem capiendum die XXX. adesset; nunc vero non proprie condictionem dicimus actionem in personam esse, qua intendimus Dari Nobis Oportere. nulla enim hoc tempore eo nomine denuntiatio fit.

19 Haec autem legis actio constituta est per legem Siliam et Calpurniam, lege quidem Silia certae pecuniae, lege vero Calpurnia de omni certa re.

20 Quare autem haec actio desiderata sit, cum de eo, quod nobis dari oportet, potuerimus aut sacramento aut per iudicis postulationem agere, ualde quaeritur.

---

[1]) Darüber vgl. Wlassak Röm. Prozessgesetze II S. 74 S. 298 ff Girard Manuel[4] S. 112 ff. Vergl. v. Koschembahr-Lyskowski Die Condictio als Bereicherungsklage I S. 54 f.

[2]) So Cuq Les institutions juridiques I S. 400 f.; Pernice Labeo III 1 S. 233 ob., aber mit einer auf diesem Gebiete wohl nicht ganz berechtigten Entschiedenheit; ferner Huschke Multa und Sakramentum S. 487. Ders., Krit. Jahrb. 1837, S. 801. 892.

[3]) Mit dem priesterlichen condicere bei Gellius Noct. Att. X 24 § 9 lässt sich nicht viel anfangen; dass es, wie Kipp l. c. S. 847 will, eine Ladung bedeutet habe, ist mit Sicherheit kaum zu erweisen.

[4]) Weitergehende Vermutungen haben aufgestellt Rudorff zu Puchta Institutionen[10] § 162c; Baron Abhandlungen I S. 207 f.; Pernice l. c. S. 232 f.; Mommsen Krit. Jahrb. 1845 S. 878.

Hier berichtet Gaius also, die condictio sei eine persönliche Schuldklage gewesen (. . . quod nobis dari oportet), und zwar eine Klage auf Certum.

Sie sei eingeführt worden durch eine lex Silia für certa pecunia, durch eine lex Calpurnia für omnis certa res.

Alter der legis actio per condictionem.

Wann das geschehen ist, darüber sind nur Vermutungen möglich.

Volle und berechtigte Uebereinstimmung besteht m. W. darüber, dass die hier von Gaius geschilderte die jüngste der Legisaktionen ist[1]). Eine gewisse Vermutung spricht dafür, dass sie eingeführt worden ist im Interesse eines entwickelteren und verfeinerten Verkehrs[2]), also vielleicht ums Jahr 500 d. St.[3]) Alle darüber hinausgehenden Hypothesen schweben m. E. in der Luft[4]).

---

[1]) Vergl. z. B. nur Bekker Aktionen I S. 75f.; Wlassak Römische Prozessgesetze I S. 129; Girard Manuel[4] S. 987 unt. f. — s. auch v. Mayr Die condictio des röm. Privatrechtes. S. 41—43.

[2]) s. unten S. 22 f.

[3]) cf. Karlowa Röm. Zivilproz. z. Zt. der Legisaktionen S. 236.

[4]) So Rudorffs Ansatz — Röm. Rechtsgeschichte I § 19 S. 47; § 43 S. 103 — demzufolge die l. Silia 510, die l Calpurnia etwas später ergangen ist; bezüglich der ersteren beruht er auf der unberechtigten Gleichsetzung der l. Silia mit einer l. Silia de ponderibus publicis. cf Girard l. c. S. 988 n. 1.

Auch Mommsens Darlegung (Röm. Strafr. S 708) erscheint nicht ganz unbedenklich, er identifiziert die l. Calpurnia mit der in der l. Acilia repetendarum (Bruns fontes I[7] S. 55 ff.) in Z. 23 genannten l. Calpurnia repetendarum, deren Alter er mit Berufung auf Cicero Brut. 27, 106; de off. 2, 21, 75 und einige andere Stellen auf das Jahr 605 d. St. festlegt. Die Identifizierung dieser beiden leges Calpurniae erscheint willkürlich, um so mehr als die in l. Acilia erwähnte l. Calp. rep gar nicht die l. a. percondictionem, sondern die l. a. sacramento gewährt; dazu s. Pernice Labeo III 1 S. 233; besonders aber Girard Manuel[4] S. 505 f. n. 4. Wie Mommsen auch Pernice l. cit.; v. Mayr S. 37 f.; Stintzing Beiträge zur Röm. Rechtsgesch. S. 8.

Gerade im Gegensatz zu den Genannten könnte man viel eher aus eben jener Stelle der l. Acil. rep. entnehmen, dass es zur Zeit der l. Calp. rep. noch keine l. a. per condictionem gegeben habe. So schliesst Girard[4] S. 505 f. n. 4, der aber dadurch m. E. in Widerspruch tritt mit dem von ihm selbst auf S. 988 n 1. a. E. Gesagten. Mommsens Idee erscheint auch unwahrscheinlich mit Rücksicht auf das Alter der l. Aebutia (ca. 149—123 v. Chr.; cf. I. Partsch Schriftformel im röm Provinzialprozesse, Bresl. Diss 1905 S. 1.

Gegenstand der legis actio per condictionem.

Nach Gaius' Bericht war die l. a. per condictionem eine persönliche Schuldklage auf Dari[1]) Oportere eines Certum, so zwar, dass auf certa pecunia mit der l. a. per condictionem e lege Silia, auf omnis certa res mit der l. a. per condictionem e lege Calpurnia geklagt wurde.

Der Sinn von certum ergibt sich für die klassische Zeit mit ziemlicher Deutlichkeit aus den Stellen Gai. D. 45, 1, 74: . . .

52; Erman Z. Sav. 19 S. 275, Girard das. 14 S. 11 ff., bes. S. 49, und 29 S. 113 ff.; Ders. Manuel[4] S. 993 mit n. 2; Wlassak l. c. II S. 300; vor allem allerdings Mitteis Röm. Privatr. I S. 52 n. 30). Es ist unwahrscheinlich, dass im gleichen Jahre mit der l. Aebutia, bestenfalls 26 Jahre vor ihr, ein Gesetz ergangen wäre, welches der absterbenden legis actio — Gai. IV 30: sed istae omnes legis actiones paulatim in odium venerunt — ein neues bedeutendes Feld eröffnet hätte. Für die Zeit nach dem Ergehen der l. Aebutia haben wir nicht eine Nachricht über die l. a. per condictionem; Puchta l. c. I[10] § 163 (S. 481); Wlassak l. c. I S. 129; Bekker, Heidelb. Krit. Zeitschr. I (1853) S. 257.

Auch aus Plautus lässt sich ein Anhaltspunkt für das Alter der l. a. per condictionem nicht gewinnen, trotz Bethmann-Hollweg, Zivilproc. d. gem. Rechts I S. 150 f., bes. 151 n. 6; Jobbé-Duval Etudes sur l'histoire de la procédure civile chez les Romains I S. 71 f., und Girard Manuel[4] S. 988 n. 1 und 4: der Eid, den Plautus kennt — Rudens prol. 13 ff.; Persa v. 477 (IV. 3, 9); Curc. v. 495 (IV. 2, 10) —, wäre nur dann für ihr Alter beweiskräftig, wenn man auch nachweisen könnte, dass eben dieser Eid nur bei der l. a. per condictionem stattgefunden habe und von der l. Silia eingeführt worden sei: Diesen Nachweis hat Jobbé-Duval z. B. versucht — l. c. S. 71; S. 154 ff. — aber nicht erbringen können: gegen diese Annahme würde auch immerhin das Zeugnis des Dionys von Halicarnassus Ῥωμ. Ἀρχαιολ. II 75 § 3 sprechen, demzufolge der Eid selbst uralt ist. — Nicht unbedenklich sind wohl auch Stintzings Ausführungen über das Alter der l. Silia l. c. S. 5. Dass sie ein Plebiscit war, scheint indes richtig; vergl. Jobbé-Duval S. 71.

Ueber das zeitliche Verhältnis von l. Silia und l. Calpurnia zu einander s. Jobbé-Duval S. 193 f.

[1]) Unter dare wird man an dieser Stelle und für diese Zeit die Verschaffung des Eigentums verstehen dürfen, welches jedenfalls, wie Bekker Z. Sav. 25 S. 391 mit Recht sagt, die weitaus gewöhnlichste Bedeutung war, cf. Gai. IV 4. Anders später D. 8, 3, 19; 12, 2, 11, 2. vergl. auch Kipp l. c. S. 848; v. Mayr S. 145. 161. 218 f. 289. 315 ff.

Anders Bekker Aktionen I S. 105 mit n. 17.

S. vor allem jetzt Mitteis Röm. Privatr. I S. 58 n. 50; ferner die Quellenzusammenstellung im Voc. Jurispr. Rom. II 1 p. 294 ff.

certum est quod ex ipsa pronuntiatione apparet quid quale quantumque sit ut ecce aurei decem, fundus Tusculanus . . .,

Ulp. D. 45, 1, 75 pr., Paul. D. 12, 1, 6 : certum est, cuius species vel quantitas, quae in obligatione versatur, aut nomine suo aut ea demonstratione . . . . . qualis quantaque sit, ostenditur . . . . ., eventuell noch Paul. D. 6, 1, 6, als individuell oder aber nach Qualität und Quantität bestimmter Leistungsinhalt, und zwar von certa res oder certa pecunia[1]).

Es besteht kein Grund, auch wohl keine Möglichkeit, einen anderen Sinn von certum für die Zeit des Legisaktionenprozesses anzunehmen. Die v. Mayr'sche Lehre[2]), die unter certum den nach seinem Geldwert bestimmten oder bestimmbaren Leistungsinhalt versteht, wird sich u. E. kaum halten lassen[3]).

---

[1]) Vergl. für den Sinn von certum auch Lenel Ed. Perpet.[2] S. 226 f. v. Koschembahr-Lyskowski l. c. II S. 67—74. S. 194 n. 1 will auch in dem nach Inhalt und Umfang bestimmten Facere Oportere ein Certum sehen; demgegenüber, gewiss mit Recht, für die „herkömmliche, weil einigermassen durch die Quellen gegebene Auffassung von certum und incertum" H. Krüger Z. Sav. 28 S. 465 f.

[2]) v. Mayr l. c. S. 23. 204 ff. 212 f.

[3]) M. E. nicht mit Recht beruft sie sich auf Ulp. D. 13, 3, 1: qui certam pecuniam numeratam petit, illa actione utitur „si certum petetur"; qui autem alias res, per triticariam condictionem petet — denn die Stelle ist stark interpoliert, vgl. Lenel Ed. Perp.[2] S. 226 f 232 f.; s. auch Trampedach Z. Sav. 17 S. 151; v. Mayr S. 203 —, zu Unrecht auch auf Ulp D. 42, 2, 6 pr. § 1 — denn die Worte vel corpus . . . . dare oportere sind aller Wahrscheinlichkeit nach als ein späterer Zusatz der Glosse anzusehen; s. Lenel Pal. II Ulp. fr. 2277 n. 2, Mommsen Dig. II S. 544 n. 4; vgl. übrigens für den Fall der Echtheit der fraglichen Worte Lenel Ed Perp.[2] S. 226 f. n. 9; aller Wahrscheinlichkeit nach enthielt die Stelle nur eine Umschreibung des ins principium aufgenommenen Grundsatzes: certum confessus pro iudicato erit, incertum non erit. Auch Gaius III 124 beweist nichts für jene Lehre: Gaius selbst beschränkt die Bedeutung seiner Definition auf die l. Cornelia, indem er sagt: . . . . . omnis res in ea lege significantur. Selbst wenn die Stelle übrigens so allgemein spräche, wie z. B. v. Mayr — S. 212 — will, würde sie nicht beweisend für die fragliche Lehre sein: pecunia ist an sich schon mit dem Sinn des bestimmten Geldwertes gar nicht so untrennbar verbunden; vgl. Jörs bei Birkmeyer I[1], Das röm. Recht, § 121 Z. 3; Karlowa Röm. Rechtsgeschichte II S. 73 ff.; und aus der fraglichen Gaiusstelle wäre vielleicht entsprechend dem vorstehenden zu entnehmen, dass pecunia nicht immer den Sinn von bestimmtem Geldwert zu haben brauchte,

Die Frage aufzuwerfen, ob die l. a. per condictionem vielleicht auch auf incertum habe gerichtet werden können[1]), erscheint überflüssig, wenn man den in diesem Punkte doch wohl ganz deutlichen Bericht des Gaius IV 19 festhalten will[2]).

Klagegründe der legis actio per condictionem.

Bei aller Verschiedenheit im Einzelnen ist eine gewisse Uebereinstimmung der Meinungen im Grossen und Ganzen bis hierher nicht zu verkennen; freier Spielraum für alle möglichen Meinungen aber öffnet sich, sobald man das Gebiet desjenigen Problems betritt, das man mit gutem Grund als eines der Zentralprobleme, der Angelpunkte der Condictionenlehre betrachten kann weil es aufs engste mit der Frage nach dem Wesen der Condictio überhaupt zusammenhängt: es ist die Frage nach den Klagegründen der Condictio, hier also der von Gaius geschilderten l. a. per condictionem.

Eine Eigentümlichkeit ist den meisten über die Condiktionsgründe aufgestellten Theorieen gemeinsam: dass sie nämlich durch Rückschlüsse aus dem Rechtszustande der späteren Zeit da nachhelfen wollen, wo das Quellenmaterial der älteren Zeit nicht ausreicht.

Nach Gaius' Bericht war die l. a. per condictionem eine Klage auf Dari Oportere. Ueber die Frage, aus welchen Rechtsgründen mit ihr

---

keineswegs aber, dass certum nur das sei, was bestimmten Geldwert habe. Ebensowenig wie Gaius 3, 124 kann u. E. Hermog. D. 50, 16, 222 von v. Mayr S. 212 für seine Lehre verwandt werden. — Bei der Verwischung oder gar Aufhebung des Unterschiedes von certa pecunia und certa res würden alle die Texte sinnlos werden, die beide scharf auseinander halten.

Wichtig hierfür ist die m. W. bei dieser Frage nicht benutzte Stelle Gai. D. 7, 5, 7: . . . . . aut aestimatis rebus certae pecuniae nomine cavendum est . . . ., ferner Gai. IV 19. 33.

Vollkommen durchschlagend für die im Text vertretene Auffassung sind m E. Lenels Ausführungen Ed. Perp.[2] S. 226 ff.

Mit der Lehre vom Certum als geldmässig bestimmtem Leistungsinhalt fällt eine wichtige Stütze für die an sich so bedeutsame v. Mayr'sche Vermutung (S. 35 f. 42), die in der von Gaius geschilderten l. a. per condictionem das „lang vermisste Mittelglied zwischen der Naturalkondemnation von früher und der Geldkondemnation von später" erblickt.

[1]) Vgl. Karlowa Röm. Zivilpr. S. 240.

[2]) Vergl. v. Mayr Z. Sav. 25 S. 188 f. n. 1.

geklagt werden konnte, sagt er nichts: zwischen IV 17 und 17a ist uns ein ganzes Blatt der Handschrift verloren gegangen; möglicherweise hat er sich auf diesem Blatt, vielleicht auch überhaupt nicht[1]) über die causae geäussert.

Aus Gaius' Schweigen hat Baron[2]) gefolgert, die causa habe bei dieser legis actio überhaupt keine Rolle gespielt; nicht nach ihrem Grunde, nur nach ihrem Gegenstande sei sie beschränkt gewesen; und zwar habe certum nicht einmal Inhalt des Schuldverhältnisses, sondern nur Gegenstand des Klageanspruches zu sein brauchen. Sie sei daher dazu geeignet und bestimmt gewesen, alle diejenigen Rechtsverhältnisse klagbar zu machen, die seit der Zeit der 12 Tafeln ohne gesetzliche Anerkennung entstanden seien und in gleicher Weise noch entstehen würden.

Für seine Lehre kann Baron nur

1) Gaius' Schweigen, 2) den Rosciusprozess

anführen. Keines von diesen beiden Argumenten scheint durchschlagend; das zweite hätte Baron — schon aus methodischen Gründen, denn der Rosciusprozess gehört bereits der Zeit des Formularprozesses an — besser beiseite gelassen; gegen Barons Idee, dass in ihm der Kläger zwischen a. pro socio und a. certae creditae pecuniae die Wahl gehabt hätte, vgl. zunächst nur Jobbé-Duval S. 99.

Gegen Baron spricht Gaius IV 20, wonach die durch l. a. per condictionem geltend gemachten Ansprüche vorher durch l. a. sacramento und l. a. per iudicis arbitrive postulationem geltend gemacht wurden und ferner dass die Condictio bis zu Justinians Zeit stets in ihren Causae beschränkt geblieben ist[3])[4]).

---

[1]) Vergl. H. Krüger bei Grünhut Bd. 26 S. 243 unten.

[2]) Abhandlungen aus dem röm. Zivilprozess I Die Condictionen S. 1—11. 185 ff.

[3]) Zu diesem Punkte vgl. Girard Manuel[4] S. 609. 610 n. 1; v. Mayr S. 276—282; Mitteis in Jherings Jahrb. 39 S. 154 f.

[4]) Gegen Barons Lehre vgl. Girard Nouvelle Revue historique 19 S. 412 f.; Ders. Manuel[4] S. 611 n. 2; Jobbé-Duval S. 95 ff.; vgl. auch Krüger b. Grünhut 26 S 242 f. — Von vornherein schon fällt es auf, dass Baron an der Stelle (S. 2 ff.) die mit dem Gegenstande seiner Theorie für die Römer verknüpften Vorteile anführt, an der er, wenn überhaupt mehr als die blosse These, seine Beweisgründe bringen musste.

Angesichts der schwachen Argumente, die Baron für seine Theorie beibringt, liegt der Gedanke nahe, dass ihm ein Irrtum untergelaufen ist, der ihm die Lücke in seiner Beweisführung verdeckt hat; und das ist denn auch der Fall:

Es ist Barons Verdienst[1]) nachgewiesen zu haben, dass die condictio — und so vielleicht auch die l. a. per condictionem[2]) — „abstrakt" gewesen sei, abstrakt in dem Sinne, dass ihre Formel die causa nicht angab[3]).

Ganz etwas anderes ist die Abstraktheit, die darin liegt, dass für eine Klage die causa belanglos ist, dass sie also auf jede beliebige causa gestützt werden darf.

Um den Unterschied dieser beiden Arten der Abstraktheit recht scharf zu fassen, kann man die erstere (Nichtangabe der Causa) als „formelle Abstraktheit", die zweite (Belanglosigkeit der causa) als „materielle Abstraktheit" bezeichnen.

Dass beide aufs Schärfste zu trennen sind, ist selbstverständlich, sodass man es kaum hervorheben dürfte, wenn nicht gerade an dieser Stelle Barons Fehler läge.

Die „formelle Abstraktheit" der condictio hat Baron nachgewiesen; die condictio ist für ihn also die „abstrakte Klage" (Seite 100. 188). Folglich ist es ihm nur eine „unabweisliche Consequenz" (S. 100), dass die condictio „Ansprüche aller Art in sich aufzunehmen vermochte". In Wirklichkeit ist es eine „unabweisliche Consequenz" doch nur dann, wenn man formelle und materielle Abstraktheit mit einander verwechselt. Wir können nicht sehen, wieso es unmöglich sein soll, dass eine Klage auf bestimmte Klagegründe beschränkt ist, obwohl in ihrer Formel der Klagegrund nicht angegeben wird.

---

[1]) cf. Lenel Ed. Perp.[2] S. 230 n. 9; Pernice III 1 S. 212 n. 2. S. 226; Girard Manuel[4] S. 608 n. 3; ders. Nouv. Rev. Hist. 19 S. 410 n. 2.

[2]) Zu diesem Punkte vgl. v. Mayr S. 44; Pernice III 1 S. 226; Keller[6] S. 93 n. 243; Karlowa Röm. Zivilpr. S. 232; Jobbé-Duval S. 95; Leonhard Inst. S. 471 n. 8. Vgl. auch Bekker Z. Sav. 25 S. 58 f., anderseits Krüger b. Grünhut 26 S. 242 unt. f.

[3]) Ueber die mit dieser Abstraktheit verbundenen Probleme – wie Individualisierung des Streitgegenstandes, Möglichkeit der Klageänderung — s. jetzt Bekker Z. Sav. 30 S. 7 ff.

Jobbé-Duval[1]) lehrt, dass die l. a. per condictionem notwendig ein Creditgeschäft — pecunia credita — voraussetze,[2]) [3]) und begründet das in etwa folgender Weise:

1). Der ursprüngliche technische Name der Condictio certae pecuniae ist a. certae creditae pecuniae, ein Name, der in klassischer Zeit nicht mehr den Verhältnissen entspricht, da die actio angestellt werden kann, ohne dass ihr ein Creditgeschäft zu Grunde liegt; aber das ist nicht immer so gewesen. (S. 88.)

Dieser Argumentation scheint folgende Schlussreihe Jobbé-Duvals zu Grunde zu liegen, die doch wohl nicht fest genug gebaut ist, um beweiskräftig zu sein:

a) Der Name a. certae creditae pecuniae stimmt in klassischer Zeit nicht recht zu dem, was er bezeichnet.
b) Die a. certae pecuniae hat sich aus der l. a. per condictionem entwickelt.
c) Also wird der Name a. certae creditae pecuniae wohl zur Zeit der l. a. per condictionem gestimmt haben.
d) Folglich war die l. a. per condictionem an ein zu Grunde liegendes Creditgeschäft gebunden.

2). Aus der Rosciusrede soll sich ergeben, dass die a. certae creditae pecuniae zu Ciceros Zeiten nur auf ein zu Grunde liegendes Creditgeschäft gestützt werden konnte; so wird es bei der l. a. per condictionem wohl eben so gewesen sein. —

Auch für Jobbé-Duval ist die Rosciusrede eine ungeeignete Waffe[4]). Ausserdem ist der Rückschluss von der a. certae creditae pecuniae auf die l. a. per condictionem von vorn herein nicht zwingend.

---

[1]) In den Etudes sur l'histoire de la procédure civile chez les Romains I S. 87 f.

[2]) Diese Lehre ist bereits vertreten von Hasse Rhein. Mus. f. Jurispr. 6 S. 52 ff.

[3]) Ueber den Sinn von pecunia credita vergl. Jobbé-Duval S. 67; Pernice III 1 S. 212 f. — Die weite Bedeutung von pecunia credita als Stipulation, Litteralkontrakt und Mutuum in sich begreifend, wird man mit Jobbé-Duval S. 67 annehmen müssen. Angesichts von Quintil. Inst. orat. 4, 6, 2: satis est dixisse: certam creditam pecuniam peto ex stipulatione, von D. 12, 1, 2, 5: Verbis quoque credimus quodam actu ad obligationem comparandam interposito, veluti stipulatione, — wird man pecunia credita nicht mit Pernice (S. 212 f.) auf anvertrautes und daher zurückzugewährendes Geld beschränken können.

Vergl. auch Cic. pro. Rosc. IV 13 und V 14; Gai. III 124; D. 12, 1, 1, 1; h. t. 2, 3.

[4]) s. unten S. 28 f.

3). Petere certam pecuniam ist nach Jobbé-Duval (S. 84) identisch mit petere (certam) creditam pecuniam.

Die Identifizierung aber ist willkürlich und damit entfällt die Hauptstütze seiner Lehre[1]). Der Weg, auf dem Jobbé-Duval sein Ergebnis findet, scheint uns also ungangbar.

Eine der wichtigsten ist die von Pernice über das Wesen der condictio aufgestellte Lehre[2]).

Pernice setzt den geschichtlichen Zusammenhang von l. a. per condictionem und condictio der späteren Zeit voraus. Nach ihm ist die legis actio eingeführt worden aus Billigkeitsgründen; sie ist die Klage, durch die „der Geschädigte wiederlangt, was ein anderer von seinen Vermögensstücken widerrechtlich in Händen hat“ (III 1 S. 232), also allgemein gesprochen die Bereicherungsklage. Bei der allmählichen Weiterentwickelung des Instituts ist nach Pernice schliesslich auch das Mutuum darunter gefasst worden. Ganz zu trennen aber von seiner Entwickelung sind Stipulation und Litteralkontrakt: beide wurden durch l. a. sacramento geltend gemacht. Mit dem Uebergang zum Formularprozess aber verfielen auch sie dem Gebiet der condictio.

Diese Entwickelung sucht Pernice quellenmässig zu erweisen, vor allem aus den Juristenschriften des ersten christlichen Jahrhunderts, besonders Sabinus und Cassius[3]), welche ergeben sollen, dass die condictio ihrem Wesen nach Rückforderungsklage war.

Noch plausibler wird, sagt er, seine Behauptung durch die von ihm angenommene Identität der l. Calpurnia repetundarum mit unserer l. Calpurnia.

Zweierlei Einwände werden gegen Pernice erhoben; den einen gibt er Unrichtiges[4]), den anderen zu wenig[5]).

Die ersten nehmen an, die l. a. per condictionem sei überhaupt nicht Bereicherungs-, sondern nur Kontraktsklage gewesen: das wird kaum richtig sein; s. unten S. 15 f.

---

[1]) Gegen Jobbé-Duvals Lehre s. auch Krüger bei Grünhut 26 S. 239 ff.

[2]) Labeo I S 416 ff.; III 1 S. 226 ff., bes. S. 232.

[3]) Stellen s. III 1 S. 217 f., bes. die berühmte l. 6. D. 12, 5 und die l. 32 D. 12, 1.

[4]) So Jobbé-Duval S. 99 ff.; ebenso v. Mayr S. 285.

[5]) So vor allem Girard (mit einer kurzen aber vorzüglichen Kritik von Pernice) l. c. S. 611 n. 2.

Zu wenig gibt Pernice denen, die die condictio stets schon auch aus Kontrakten hervorgehen lassen, und das werden auch wir annehmen müssen:

Pernice trennt die Geschichte der Stipulation und des Litteralkontrakts von der des Mutuum; denn die ersteren lässt er durch l. a. sacramento, das letztere durch l. a. per condictionem geltend machen. Beim Uebergange zum Formularverfahren verschmolzen dann nach Pernice die beiden Legisaktionsformeln ununterscheidbar in eine.

Dass das unwahrscheinlich ist, lässt sich nicht leugnen.

Wieso die Verschmelzung gerade mit dem Uebergange zum Formularprozess und nicht früher erfolgte, ist um so unverständlicher, als Pernice (S. 226) sogar mit Rücksicht auf Val. Prob. IV 1 in legis actionibus haec: aio te mihi dare oportere annimmt, dass die Formel der l. a. per condictionem dieselbe war wie die der l. a. sacramento in personam: waren schon im Legisaktionenprozess die Formeln für Mutuum, Stipulation und Litteralkontrakt identisch, so bestand schon damals genau so viel oder wenig Grund zur „Verschmelzung", wie im Formularverfahren[1] [2]).

Dass unsere l. Calpurnia und die l. Calpurnia repetundarum nicht identisch sind, ist bereits festgestellt. Sie sind es umsoweniger, als die l. Calpurnia repetundarum garnicht die condictio für die bei ihr stattfindende Rückforderung gewährte, sondern die l. a. sacramento.

L. Acilia repetundarum sagt ja ausdrücklich (l. 23): Quei pecuniae captae condemnatus est erit aut quod cum eo lege Calpurnia aut lege Junia sacramento actum siet. Der von Pernice vorgeschlagene Ausweg, das Wort sacramento an dieser Stelle nur zu „lege Junia" zu ziehen, ist u. E. nicht gangbar: l. Calpurnia und l. Junia werden in diesem Satze offensichtlich symmetrisch gegenüber gestellt. „Aut lege Junia sacramento" gibt für sich allein keinen Sinn; vielmehr ist das „actum sit" notwendig zu ihrem Verständnis. Verbindet man aber erst einmal sacramento mit

[1]) Vgl. Bekker Akt I S. 100: „Es ist undenkbar dass die Forderungen eines Certum aus datio stipulatio expensilatio im älteren Rechte mit geschiedenen Aktionen zu verfolgen gewesen, und dass diese Aktionen dann später beliebig zusammengeflossen sein sollten; dies würde der natürlichen Geschichtsentwickelung direkt zuwiderlaufen."

[2]) Einen schwerwiegenden Einwand s. ferner bei Girard Manuel[4] S. 611 n. 2; ferner Girard Nouv. Rev. Hist. 19 S. 408 ff.

actum sit, so werden diese 3 Worte zu einem einzigen Gedanken: „. . . die l. a. sacramento angestellt worden ist", und dieser Gedanke muss selbstredend auch zu „lege Calpurnia" hinzugezogen werden, sonst würden ja diese beiden Worte ohne das hier unbedingt notwendige Prädikat bleiben.

Durch diese Einwände wird u. E. Pernices Lehre von der Beschränkung der l. a. per condictionem auf repetitiones sehr erschüttert [1]).

Sucht man selbst die Klagfundamente der l. a. per condictionem festzustellen, so wird man darüber klar sein müssen, erstens dass es Gewissheiten auf dem Gebiete des Legisaktionenprozesses nicht gibt [2]), zweitens darüber, wieviel Glauben man dem Berichte des Gaius über diese doch schon Jahrhunderte lang hinter ihm zurückliegende Zeit des römischen Prozesses beimessen will. Schenkt man ihm keinen Glauben, so kann man über die Klagegründe der legis actio nichts sagen, denn Gaius ist unsere einzige Quelle. Hält man aber in sachlicher Beziehung an ihm fest, so ergibt sich Folgendes:

Nach Gai. IV 19. 20 war die condictio Klage auf Dari Oportere.

Bei der Frage, was alles Dari oportere begründete, wird man allzu genau nicht sein dürfen; Bekker hat gewiss Recht,

---

[1]) Savignys Theorie (System V S. 503—642) ist eng mit seiner Auffassung vom Wesen der condictio verknüpft, und da er über die Frage, wie sich wohl die Condictionsgründe geschichtlich entwickelt haben, nichts weiter als Non liquet (S. 639) sagt, so kann er hier nicht behandelt werden.

Auf eine besondere, sehr geistvolle, aber wohl nicht ganz zuverlässige Weise sucht Eisele Mat. Grundlage der exceptio, S. 154 ff., das Gebiet der l. a. per condictionem festzustellen: er benutzt dazu den Begriff des iudicium legitimum.

Karlowa Röm. Rechtsgesch. II S. 762 ff. schliesst sich im wesentlichen Pernice an; da, wo er von ihm abweicht, hat er gewiss Unrecht; nämlich mit seiner Idee, die l. Silia habe der Jurisprudenz die Aufgabe überlassen, das Gebiet der neuen legis actio zu bestimmen: Die Tatsache einer solchen „Machtdelegation" der römischen Gesetzgebung an die römische Jurisprudenz wäre genau so merkwürdig, wie der Gebrauch, den nach Karlowa's Ansicht die Jurisprudenz von ihr gemacht hat

Ueber die Fiducia als einen Klagegrund der condictio s. Girard l. c. S. 521 f; Oertmann Fiducia S. 214 ff. bes. S. 215 f.; s. auch R. Taubenschlag b. Grünhut 35 S. 154 ff. Vgl. endlich bes. Lenel Z. Sav. 30 S. 346 f.

[2]) cf. Krüger b. Grünhut 26 S 242.

wenn er in dieser Beziehung sagt[1]): „Zur erschöpfenden und zugleich zuverlässigen Aufzählung sind wir nicht im Stande, und vermutlich sind auch die Römer zu einer solchen für die Zeiten der Zwölftafeln und für die nächstfolgenden Jahrhunderte nicht im Stande gewesen."

Immerhin wird man aus dem Gebiet der l. a. per condictionem auszuscheiden haben die as in rem und die Deliktsklagen — beide gingen nicht auf Dari Oportere[2]) —, ferner die sog. Quasidelikte wegen ihres prätorischen Ursprungs[3]).

Es bleiben also nur persönliche Klagen aus Kontrakten und Quasikontrakten. Auch das genügt indes noch nicht; es handelt sich bei der l. a. per condictionem nur um Ansprüche auf Certum[4]).

Damit scheiden die ihrem Wesen nach auf incertum gerichteten Ansprüche aus, so die später sogenannte a. incerta ex stipulatu und die iudicia bonae fidei[5]).

So bleiben also nur die drei strengen Verträge des Civilrechts: Verbalkontrakt, Litteralkontrakt und Mutuum, und die realen Quasikontrakte[6]) als mögliches Anwendungsgebiet der l. a. per condictionem übrig.

Weiter kann dies Gebiet keinesfalls gewesen sein. Ob es enger war, kommt nur insofern in Frage, als vielleicht einer von den festgestellten Klagegründen zur Zeit der l. a. per condictionem überhaupt noch nicht vorhanden war; war er aber schon vorhanden, so konnte er auch mit ihr geltend gemacht werden[7]):

---

[1]) Aktionen I S. 96. Historisch nicht ganz berechtigt scheint mir, dass Bekker die doch wohl der Rosciusrede entnommene Trichotomie des adnumerare stipulari expensum ferre — S. 97 — ohne weiteres als bereits der Zeit des Legisaktionenprozesses geläufig hinstellt. S. 97. 99.

[2]) Pernice III 1 S. 226 n. 2. Gai. IV 37.

[3]) Girard l. c. S. 635 f.

[4]) Um Ansprüche auf certum, nicht Klagen auf certum. Barons Behauptung, bei der condictio brauche certum nicht geschuldet, sondern nur verlangt zu sein, ist von ihm nicht erwiesen. Das fr. 9 D. 12, 1 lässt sich hier nicht verwerten, selbst wenn es echt wäre.

[5]) Vgl. über deren Entstehungszeit Girard S. 1013 n. 6; S. 522 n. 2; a. M. v. Mayr S. 45; Baron S. 199.

[6]) Bekker l. c I S. 103.

[7]) Ohne Rücksicht darauf, ob die l. a. per condictionem eventuell mit anderen Klagen konkurrierte, über diese Frage s. z. B. Jobbé-Duval S. 109 f.

auch dies Ergebnis danken wir der Auslegung der Gaiusstelle[1]). Dass diese letzte Frage nach dem Vorhandensein zur Zeit des Legisaktionenprozesses nur bei den realen Quasikontrakten[2]) in Betracht kommt, ist ziemlich allgemein anerkannt.

Kannte man diese Quasikontrakte also schon damals?

Man hat erstens behauptet (so v. Mayr, S. 69 ff., bes. S. 72. S. 117), aus dem Rosciusprozess (IV. 13; V 14) ergebe sich, dass sie Ciceros Zeit noch fremd gewesen seien.

Zweitens wird derselbe Schluss aus ihrer ganzen Entwickelung gezogen[3]): langsam und allmählich habe die römische Jurisprudenz den Geltungsbereich der condictio erweitert und frühestens mit Cicero habe diese Entwickelung überhaupt begonnen. Selbst am Schluss der römischen Rechtsentwickelung sei der Grundsatz, dass ungerechtfertigte Bereicherung ohne Einschränkung zurückgefordert werden könnte, noch nicht vollkommen anerkannt, geschweige denn durchgeführt, und andererseits acht Jahrhunderte vorher hätte er anerkannt sein sollen?

U. E. ist dieser Gedankengang unrichtig: Rückforderung dessen, was zu Unrecht bei jemand anderem sich befindet, ist eine altrömische Idee[4]). Das beweist die mehrmals angeführte l. Calpurnia repetundarum. (s. l. Acil. rep., l. 23), die einen typischen Fall von Rückforderung einer ungerechtfertigten Bereicherung darbietet[5]). Das beweisen ferner die Digestenstellen 12, 5, 6, ferner 12, 4, 8; 12, 6, 52; vor allem die berühmte erstgenannte Ulpianstelle, die uns sagt, dass stets Sabinus (erste Kaiserzeit) der Meinung der Veteres gewesen sei: id, quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici.

Nach Jobbé-Duval (S. 105)[6]) soll es sich hier nur um eine „solution d'espèce," um die Entscheidung eines Einzelfalles handeln, und

---

[1]) Auch hier vgl. Bekker l. c. I S. 100; s. auch Jobbé-Duval S. 103.

[2]) Vielfach werden sie ohne Prüfung ihrer dogmatischen Natur ohne Weiteres als Bereicherungsklagen angesprochen. So Jobbé-Duval S. 103 f.

[3]) So von Jobbé-Duval S. 103 f.

[4]) In diesem Punkte wird man vollkommen Pernice III 1 S. 211 ff. 232 ff. und Girard l c. S 612 f und Nouv. Rev. Hist. 19 S. 424 zustimmen. Vergl. auch Karlowa Röm. Rechtsgesch. II S. 762.

[5]) Dass sie die l a. sacramento, nicht per condictionem gewährt, kommt hier nicht in Betracht.

[6]) Und in derselben Richtung arbeitet v. Mayr im § 6 seiner Schrift.

die Worte quod ex iniusta causa . . . brauche der Jurist nur „pour motiver sa décision.“ Um ihre Entscheidungen zu begründen, führen die römischen Juristen doch meist die allgemeinen Grundsätze an. Mit dieser Feststellung ist u. E. aber nichts gegen die Tragweite dieser allgemeinen Grundsätze bewiesen.

Ueber die l. Acilia repetundarum äussert sich Jobbé-Duval nicht.

Die Annahme des hohen Alters der realen Quasikontrakte widerspricht auch nicht, wie man behauptet hat, der ganzen historischen Entwickelung.

Der Grundsatz, den D. 12, 5, 6 cit. ausspricht, ist alt; er entsprang dem Gefühl der Billigkeit, des Aequum et Bonum [1]).

In der weiteren Entwickelung aber erst wurde die Anwendung dieses Grundsatzes gemacht. Bei ihr ging man von Einzelfällen aus, brachte mehr und mehr Fälle dazu, suchte nun wieder von ihnen auf Allgemeineres zu schliessen [2]), und war trotz allem zur Zeit Justinians noch längst nicht bei einem Abschluss der Entwickelung angelangt.

Sind wir denn, fragt Bekker [3]) (Aktionen I S. 120) mit Recht, mit der Durcharbeitung unserer Bereicherungslehre schon fertig?

Unser Ergebnis ist — unter der Voraussetzung der Aufrechterhaltung des Gaianischen Berichtes: Die l. a. per condictionem konnte aus Verbalkontrakt, Litteralkontrakt und Mutuum einerseits, aus den realen Quasikontrakten anderseits angestellt werden [4]).

Verfahren bei der legis actio per condictionem.

Was Gaius uns über das Verfahren bei der l. a. per condictionem sagt, beschränkt sich im Wesentlichen darauf, dass bei ihr eine Condictio stattfand d. h. eine Denuntiatio, nämlich des Klägers an seinen Gegner, sich am dreissigsten Tage zur Entgegennahme eines Judex einzufinden.

---

[1]) Stellen dafür s. bei Girard S. 613 n. 1.

[2]) Das erklärt die Systematisierungsversuche der Juristen der Kaiserzeit.

[3]) Dem überhaupt das Verdienst zukommt, diese Entwickelung geschildert zu haben.

[4]) Ueber Condictio und bona fides vgl. v. Mayr S. 45; Bekker Aktionen I S. 154 ff.; Pernice III 1 S. 219; v. Koschembahr-Lyskowski I S. 23 f. II S. VI ff. Krüger Z. Sav. 24 S. 463 f. 28 S. 470; H. H. Pflüger Ciceros Rede pro Q. Roscio Comoedo rechtlich beleuchtet und verwertet. S. 93.

Diese von Gaius geschilderte Denuntiatio war ein gerichtlicher Akt[1]). Wichtiger ist die Frage nach ihrer Bedeutung und ihrem Inhalt.

Die Antwort scheint klar; denn Gaius selbst gibt sie uns: sie war eine Aufforderung an den Gegner, sich am dreissigsten Tage vor Gericht einzufinden.

In neuester Zeit ist eine abweichende Theorie über die Condictio aufgestellt worden, die deswegen nicht übergangen werden darf, weil sie von ihrem Urheber nicht auf die l. a. per condictionem beschränkt wird, sondern Bedeutung für die ganze Condictionenlehre bei ihm gewinnt:

Nach v. Mayr (S. 20 ff.[2]) ist Gaius' Bericht über die Condictio in diesem Punkte unglaubwürdig.

Mit Baron, der schon vor ihm (S. 206 ff.) die Bedeutung von condicere und condictio festzustellen versucht hat, nimmt v. Mayr an, dass condictio notwendig Vereinbarung bedeutet und somit der von Gaius ihm untergelegte Sinn unrichtig sei. Aus diesem Ergebnis zieht er hier wie anderwärts wichtige Folgerungen über sponsio und restipulatio bei der l. a. per condictionem, über den Eid, über condictio und ihr Wesen überhaupt.

Aus einer Zusammenstellung der Stellen, an denen lateinische Schriftsteller das Wort condicere brauchen, ergibt sich, dass condicere in zwei Bedeutungen vorkommt.

Dass condicere in der Tat in dem von v. Mayr behaupteten Sinne von transigere, convenire de aliqua re sich findet, ist nicht zu leugnen. Das beweisen folgende Stellen:
Festus (Paul. p. 39) (über sein Alter s. unten S. 19):
Condictum est quod in commune est dictum.

---

[1]) Diese Frage war lange streitig, darf aber jetzt im wesentlichen als im Sinne des Textes entschieden gelten. Reiche Literatur bei Kipp S. 848. Hinzuzufügen als Argument ist u. E. der Sinn von „Praesto esse“ (Gai. IV 17 aa. E.); über ihn s. Dirksen Manuale latin. font. v. Praesto. Ueber die Gerichtlichkeit der legis actiones überhaupt s. Girard[4] S. 969.

Vgl. auch Muirhead Historical introduction to the private law of Rome S. 233.

[2]) Gegenüber v. Mayrs Darstellung der Condictio der Legisaktionenzeit vgl. Krüger Z. Sav. 21 S. 419 ff.

Plaut. Curc. (kurz nach 193 v. Chr.[1]) I 1,5:

Si status condictus cum hoste intercedit dies.

Ebenso Gellius Noct. Att. (ca. 175 n. Chr.[2]) XVI 4,4, XX 1,54: pactum atque condictum cum rege . . . . . perfide ruperat.

Apulei. Metam. 9,22. 10,22 i. f.

Tertullianus adv. Marc. 4, 6: . . . . . sub illa

Condicione, quae ex utraque condicta sit.

Diesen Stellen treten aber nun alle diejenigen gegenüber, bei denen Condicere den Sinn der einseitigen Ansage hat:

Festus (Paul. p. 64): Condicere est dicendo denuntiare.

Gaius IV 18 (um 160 n. Chr., Jörs l. c. S. 86):

Condicere autem denuntiare est prisca lingua.

Ebenso Gloss.: II 394, 15.-Inst. IV 6 § 15.

Wichtig auch Theoph. ad § 15 J. IV 6:

. . .'condicere' ἐστὶ[a] κατὰ τὴν ἀρχαῖαν διάλεκτον τὸ παραγγεῖλαι. πάλαι γὰρ ὁ ἔχων δίκην πρός τινα παρήγγειλεν αὐτῷ ὅτι· „ἐλθὲ τῇδε τῇ ἡμέρᾳ ὡς δικασόμενος μὲτ' ἐμοῦ".

a) Gai. 4,18[3]).

Plautus (254—184 v. Chr.):

Men. 124: hodie ducam scortum atque aliquo ad cenam condicam foras.

Stich. 432: Eo condixi in symbolam ad cenam.

Turpil. (ca. 190 bis 150 n. Chr.) 183,3:

Meretrices Atticae ut convenerant

Condicerantque cenam apud me.

Cicero (106 — 43 v. Chr.) ep. I, 9, 20: Cum mihi condixisset[4]).

Tacitus Germania c. 11. (?)

Sueton Tranq. (75—160 n. Chr.) De vita Caesarum Tib. 42 § 2: cenam ea lege condixit.

Gellius Noct. Att. (ca 175 n. Chr.) X 24, 9:

---

[1]) cf. Teuffel, Geschichte der röm. Literatur I[5] S. 151.

[2]) cf. Teuffel II S. 915.

[3]) Institutionum Graeca Paraphrasis . . . . ed. E. C. Ferrini 1884–97 S. 425.

[4]) Corn. Nep. Praef. 4 gehört nicht hierher, nur infolge einer falschen Lesart Fleckeisens (condictam statt conducta) ist die Stelle in den betreffenden Artikel des Thesaurus aufgenommen worden.

Sacerdotes, cum condicunt, in diem perendini dicunt.

Zu vergleichen sind noch:

Claud. 21 § 4.

Lucanus VI 330.

Sev. Min. p. 734 A: Diem certaminis condicere.

Mart. Capella I 97: tunc Iuno condicit . . . . . uti postridie . . . . . omnis ille deorum senatus . . . convenirent.

Cassian. X 20: condicens ei horam.

Angesichts dieser so grossen Anzahl von Stellen, in denen condicere im Sinne von einseitiger Ansage gebraucht wird, erscheint es u. E. nicht berechtigt, von einem vorwiegenden oder eigentlichen Sinn von condicere als Vereinbaren zu sprechen.

Ebenso unrichtig ist es aber auch anzunehmen, dass erst Gaius (IV 18) den Sinn von condicere als einseitigem Ansagen in die Welt gesetzt habe und dass Festus (l. cit. v. condicere), die Inst. Just. (IV 6, 15) und Theoph. (ad Inst. IV 6, 15) ihm darin gefolgt sind.

Dass die Institutionen, Theophilus und auch die Glossographen hier von Gaius abgeschrieben haben, ist gewiss zuzugeben.

Dass aber Festus von Gaius abgeschrieben hätte, ist u. E. ein Irrtum, der bei v. Mayr (S. 21) wie bei Baron (S. 206) sich findet.

Sextus Pompeius Festus, der allerdings höchst wahrscheinlich nach Gaius gelebt hat, gibt uns nichts als einen Auszug aus dem Werke des M. Verrius Flaccus de Verborum significatu: seine eigene Tätigkeit beschränkt sich auf Weglassungen, Kritik, ev. auch Zusätze, die er aber als solche markiert[1]): dass er das condicere est dicendo denuntiare aus eigener Machtvollkommenheit einfach zu den Angaben des Verrius Flaccus hinzugefügt hätte, ist ganz unglaubwürdig.

Wir müssen vielmehr mit Sicherheit annehmen, dass diese Definition von Verrius Flaccus stammt.

Verrius Flaccus aber hat um Christi Geburt gelebt; und nun kehrt sich das Verhältnis um: Nun wird es angesichts der fast wörtlichen Uebereinstimmung höchst wahrscheinlich, dass Gaius seine Definition von Verrius übernommen hat.

---

[1]) cf. Teuffel I S 611 f.

Und da ausserdem ganz abgesehen von allen Späteren Plautus, Turpilius und Cicero, Schriftsteller also, von denen uns der älteste sogar bis ins 3. Jahrhundert v. Chr. zurückführt, das Wort condicere im Sinne einseitiger Ansage brauchen, so wird Gaius' Bericht hierin glaubwürdig, und wir haben keine Berechtigung, aus sprachlichen Gründen nach einem anderen Sinne von condicere zu suchen als dem, den er uns angibt.

Damit verlieren aber auch alle Vermutungen, die v. Mayr über den Gegenstand der „Vereinbarung" aufgestellt hat, ihre Daseinsberechtigung; er nahm an, sie bezögen sich auf Eid bezw. sponsio und restipulatio; mit der Vereinbarung fallen auch alle Vermutungen über deren Gegenstand.

Bei der a. certae creditae pecuniae des Formularprozesses findet sich eine sponsio und restipulatio tertiae partis, durch die sich jede der streitenden Parteien verpflichtet, im Fall ihres Unterliegens ein Drittel der streitigen Summe an den Obsiegenden zu zahlen.

Fand diese Wette schon bei der l. a. per condictionem statt[1])?

Quellenmässig nachweisen lässt sich die sponsio für den Legisaktionenprozess nicht[2]).

---

[1]) Die Frage ist in der Literatur viel behandelt. Für das Bestehen der sponsio vergl. v. Mayr S. 27 ff.; Keller l. c. S. 94 f.; Bekker Aktionen I S. 76; Girard[4] S. 988 bes. n. 3; Huschke Multa u. Sacr. S. 488; Jobbé-Duval S. 163 ff, dagegen: Baron a. O. S. 186 ff.; Karlowa l. c. II S. 595; Pernice III 1 S. 226 f.

[2]) Denn die dafür angeführten Stellen Gai. IV 13. 171; l. Rubr. c. 21; Cicero pro Rosc. IV 10. V 14 citt. gehören sämtlich schon dem Formularprozess an. Es könnte sogar ein wenn auch nicht gewichtiges Argument gegen die Annahme in der angeführten Gaiusstelle IV 13 erblickt werden: Ist es nicht auffallend, dass Gaius der l. a. sacramento die a. certae creditae peruniae, nicht die alte l. a. per condictionem gegenüberstellt, die doch in diesem Zusammenhange näher gelegen hätte? — Vergl. auch Krüger bei Grünhut 26 S. 250: „Die Beweise für die sponsio tertiae partis gehen über den Formularprozess nicht hinaus." — Nach manchen sollen Ciceros Worte (. . . . . legitimae partis sponsio) ausdrücklich auf die Abstammung der sponsio aus der l. Silia hinweisen. Legitimus braucht doch aber hier nichts anderes zu heissen als rechtmässig.

Ueber die vorherrschenden technischen und die sonst möglichen Bedeutungen von legitimus vgl. Mitteis Röm. Privatr. I S. 35 f. und die dort aufgeführten reichen Quellenbelege. Ueber die Bedeutung von legitimus an unserer Stelle entscheidet jedoch auch Mitteis a. O. S. 37 n. 21 nicht.

Sehr wahrscheinlich aber wird uns ihr Vorhandensein durch folgenden Gedankengang:

1. Schon die l. a. sacramento kannte etwas ähnliches wie die spätere sponsio und restipulatio, nämlich das sacramentum, einen von jeder der beiden Parteien zu leistenden Einsatz, der früher in Vieh, später in Geld bestand, früher tatsächlich deponiert, später nur stipulationsweise versprochen wurde, stets aber, bis zum Untergange der l. a. sacramento also, nur zweistufig war; der Einsatz der unterliegenden Partei fiel als sog. „poena sacramenti" an die Staatskasse.

2. Zweck der l. Silia war[1]), eine dem wachsenden Verkehr entsprechende bequemere und doch auch verfeinerte Klagform gegenüber der l. a. sacramento in personam zu schaffen.

3. Bei der a. certae creditae pecuniae aber fand sponsio und restipulatio tertiae partis statt.

Ist es da nicht sehr plausibel, zwischen der poena sacramenti, die sich Schritt für Schritt der sponsio und restipulatio annäherte, und der sponsio und restipulatio der späteren Zeit ein Bindeglied zu suchen, welches wir in der sponsio und restipulatio bei der l. a. per condictionem e lege Silia finden?

Die l. Silia hätte dann an die Stelle der Sakramentswette die sponsio und restipulatio gesetzt, deren Gegenstand in stets gleichem Verhältnis zur Streitsumme stand und nicht dem Staat, sondern dem Sieger verfiel[2]).

Mit Jobbé-Duval und v. Mayr die sponsio und restipulatio auch auf die l. a. per condictionem e lege Calpurnia auszudehnen ist wohl willkürlich[3]).

Die Frage, ob bei der von Gaius geschilderten l. a. per condictionem ein Eid stattfand, wird mit dem vorhandenen Quellenmaterial nicht definitiv entschieden werden können.[4])[5])[6]).

---

[1]) s. unten S. 22f.

[2]) cf. Bekker I S. 76. Aehnlich Girard[4] S. 988 n. 3. Stark abweichend Pernice III 1 S. 227, der, u. E. ohne genügenden Grund, die sponsio und restipulatio unmittelbar aus der l. a. sacramento in die a. certae creditae pecuniae übergehen lässt.

[3]) So Girard[4] S. 988 n. 3 a. E. Weitere Literatur über die Frage s. bei Jobbé-Duval S. 196 ff.

[4]) Die Literatur allerdings ist entschiedener — aber nirgends mit durchschlagenden Gründen; cf. Baron S. 194; Rudorff l. c. II § 23 S. 83;

Ueber die Formel der l. a. per condictionem lässt sich nichts sicheres sagen, besonders da die von Valerius Probus IV 1 überlieferte Formel jetzt überwiegend für die l. a. sacramento in Anspruch genommen wird[1]).

Einführungsgrund der legis actio per condictionem.

Der Einführungsgrund der von Gaius IV 17aff. geschilderten Klage liegt aller Wahrscheinlichkeit nach auf wirtschaftlichem Gebiet[2]):

1. Mit Keller[6] (S. 89f.) nehmen wir an, dass die der l. a. per condictionem unterliegenden Ansprüche früher durch l. a. sacramento geltend gemacht wurden[3]).

Ders bei Puchta zu § 162 f.; ein Mittelweg bei Jobbé-Duval S. 161 ff. Ganz abweichend Karlowa l. c. II S. 597.

[5]) Für sein Vorhandensein sprechen die Plautusstellen Rud. 13 ff., Pers. 477, Curc. 495; Sallust. Catil. 25, 3; Serv. in Aen. VIII 263. Dagegen lässt sich l. Julia mun. v. 113 hier nicht verwerten, da augenscheinlich Mommsens Ergänzung (Bruns fontes[7], h. l.), nicht die von Karlowa (l. c. II S. 598 n. 2) vorgeschlagene richtig ist. Auch aus dem von Jobbé-Duval S. 154 ff. herangezogenen altenglischen, kabylischen, jüdischen, kirgisischen und Sachsenspiegelrecht folgt m. E. nichts für diese Frage.

[6]) Die Frage, ob bei condictio e. l. Calpurnia ein Eid stattfand, wird überwiegend bejaht; entscheiden lässt sie sich nur, wenn man Rückschlüsse aus der späteren Zeit nicht scheut; cf. Girard[4] S. 988; v. Mayr S. 25 ff.; Rudorff zu Puchta § 162 f.; Lenel Ed. Perp.[2] S. 229 mit n. 4 u. 5; Demelius Schiedseid und Beweiseid im röm. Civilpr. S. 73. — Bezüglich Vermutungen über das Verhältnis von sponsio restipulatio und Eid zu einanders Krüger bei Grünhut 26 S. 239 ff.

[1]) Anders Savigny Syst. V S. 577; Rudorff zu Puchta § 162 b; vgl. jetzt v. Mayr S. 44; Pernice III 1 S. 226. — Bekker Z. Sav. 25 S. 59 hält es für unmöglich, die Fassung der Formel zu rekonstruieren. — Ueber die Frage der formellen Abstraktheit s. oben S. 9 n. 2.

[2]) Gaius IV 20 bekennt, nicht zu wissen, wieso die Klage eingeführt worden ist. Barons Behauptung, sie habe neu entstandene Ansprüche klagbar machen sollen — S. 195 f. 205 — findet ihre Widerlegung in Gaius IV 20. — Eine andere Hypothese s. bei Savigny Syst. V S. 512 ff.

v. Mayr's Auffassung der Klage als Mittelglied zwischen Natural- und Geldkondemnation haben wir schon oben S. 6 f. n. 3 als nicht ganz gesichert zu erweisen gesucht.

[3]) Gai. IV 20 steht nicht entgegen, und lässt sich sehr wohl dahin verstehen, dass das Dari Oportere zwischen l. a. sacramento und per iudicis

2. Bei der l. a. per condictionem handelt es sich um diejenigen Ansprüche, die, für den Verkehr die wichtigsten, mit dem Masse des Aufschwunges, den er nimmt, selbst ausgebildet und verfeinert werden müssen.

3. Wir sehen, wie die l. a. sacramento dieser Entwickelung des Verkehrs Rechnung tragen soll. Aus dem Einsatz von Vieh, der ursprünglich bei ihr stattfand, wird ein Geldeinsatz; die ursprünglich tatsächlich niedergelegte Strafsumme wird später nur — wahrscheinlich stipulationsweise — versprochen.

Wir sehen, wie die Römer bestrebt sind, dem sich mehr und mehr entwickelnden Verkehr zunächst noch im Rahmen der l. a. sacramento Rechnung zu tragen, der alten Schale einen neuen Inhalt zu geben. Und in der Zeit, in der die Ansprüche des Verkehrs gewaltig emporschnellen, entsprechend dem rapiden Aufschwung, den er etwa im dritten vorchristlichen Jahrhundert genommen hatte, in dem Moment, wo das alte Gefäss den neuen Inhalt nicht mehr zu fassen vermag, ergeht die l. Silia.

An die Stelle der Strafe, die der Unterliegende an den Staat zu entrichten hatte, setzt sie die Busse, die dem Obsiegenden verfiel, an die Stelle des nur zweistufigen Strafgeldes die Sponsionssumme „mit gleitender Skala,[1])“ an die Stelle der altersgrauen feierlich religiösen Prozessformen der l. a. sacramento die einfachen Formen der l. a. per condictionem, wie sie der vorgeschrittene Verkehr verlangte.

Die Condictio ist also im Legisaktionenprozess nach Gaius' Bericht die formell-abstrakte[2]) Klage auf certum, anzustellen aus Mutuum, Verbalkontrakt, Litteralkontrakt und sog. ungerechtfertigter Bereicherung. Sie ist eingeführt worden, nicht um eine Lücke des geltenden Rechts auszufüllen, sondern zur Erleichterung des Prozessganges, und dadurch mittelbar zur Förderung des Verkehrs.

---

postulationem nach certum und incertum geteilt war. cf. aber auch Bekker Z. Sav. 25 S. 56 ff., bes. S. 58; Jobbé-Duval S. 68; Karlowa l. c. II S. 595 f.

Ueber das Verhältnis dieser Legisaktionen zu einander s. Huschke a. O. S. 487; er scheint l. a. sacramento und per iudicis postulationem als elektiv nebeneinanderstehend zu betrachten.

So auch Wlassak l. c. I S. 105; vgl. auch Girard[4] S. 987.

[1]) Bekker Z. Sav. 25 S. 58 f.

[2]) S. oben S. 9.

Seltsam und auffallend ist bei dieser ganzen Darstellung nur ein Punkt:

Der einzige, der uns die l. a. per condictionem unter diesem Namen bezeugt, ist Gaius.

Nicht eine einzige Quelle aus der Zeit des Legisaktionenprozesses spricht von einer condictio im juristischen Sinne. Plautus insbesondere ist die „l. a. per condictionem" vollkommen fremd. Das Wort condicere findet sich zwar bei ihm, aber nicht im juristisch-technischen Sinn[1]). Dabei kommen Tatbestände genug bei ihm vor, in denen von condictio und condicere die Rede sein könnte, wenn sie ihm bekannt wären[2]).

Dass aus der Zeit nach dem Ergehen der l. Aebutia kein einziger Fall bezeugt ist, in dem noch die l. a. per condictionem angestellt worden wäre, ist öfters in der Literatur betont; die Erscheinung reicht aber noch weiter zurück: in wirklich alten Quellen ist m. W. die l. a. per condictionem unter diesem Namen überhaupt nicht bezeugt.

II. Zeit des sogenannten fakultativen Formularprozesses[3]).

Mit dem Momente, wo wir das Gebiet des Formularprozesses betreten, liegen die engen Schranken hinter uns, die uns durch Gaius' dürftigen Bericht für die Zeit der legis actio gesetzt waren. Unsere Quellen sind von jetzt ab weit zahlreicher; aber um so schwerer ist es, aus ihnen ein klares Bild zu gewinnen.

Bei der ersten Durchsicht der Quellen schon macht man eine merkwürdige Wahrnehmung, die zwar nicht unbekannt ist[4]), in ihrer Tragweite aber vielleicht nicht ausreichend gewürdigt wird: die condictio ist ihnen vollkommen unbekannt[5]). Wie ist

---

[1]) cf. Gonzalez Lodge Lexicon Plautinum, s. v. Condico . . . . hodie ducam scortum atque aliquo ad cenam condicam foras Men. 124 eo condixi . . . in symbolam ad cenam ad eius conseruom St. 432 . . . seruolos potare, amare atque ad cenam condicere St. 477 term. tech: si status condictus cum hoste intercedit dies Cu. 5.

[2]) Vgl. Costa Diritto priv. Romano nelle com. di Plauto S. 438 f. Bekker Akt. I S. 104 mit n. 14.

[3]) Vgl. S. 25 n. 1.

[4]) Vgl. Bekker Aktionen I S. 106; v. Mayr S. 136; Pernice I S. 420.

[5]) cf. v. Mayr S. 48. — Allerdings s. Leonhard Inst. S. 471.

das möglich? Die l. Aebutia hat ja vermutlich die Legisaktionen nicht beseitigt, sondern nur neben sie das Verfahren mit Schriftformeln gesetzt?

Aus der ganzen Zeit des fakultativen Formularprozesses[1]) ist auch nicht ein Fall bekannt, in dem die l. a. per condictionem angestellt worden wäre[2]). Es ist hier unerheblich, ob dies Stillschweigen der Quellen als ein zufälliges anzusehen oder ob es dahin zu deuten ist, dass tatsächlich die l. a. per condictionem durch die l. Aebutia beseitigt wurde.

Entscheidend ist nun nicht mehr diese Frage, sondern die, ob die von Formularprozessen berichtenden Quellen dieser Zeit von Condictio sprechen; und das ist zunächst nicht der Fall[3]).

[1]) Mit dieser Benennung schliesst der Text sich der von Wlassak l. c. I S. 103 ff. vertretenen Lehre an. — Herr Professor Leonhard bemerkt hierzu: „Dass der Formularprozess eine Zeit lang bloss fakultativ gewesen sei, dürfe nicht als allgemein zugestanden und zweifellos hingestellt werden. Die Sache sei dunkel und müsse als solche behandelt werden."

[2]) Darüber s. Leonhard l. c. S. 501 mit n. 2; Wlassak l. c. I S. 128 f.; v. Mayr S. 47 zu n. 3 und die dort Zitierten.

[3]) Daher fehlt es an jedem Zeugnis einer condictio im technisch-juristischen Sinne für diese Zeit. Vgl. auch die einschlägigen Artikel des Thesaurus linguae latinae, des Vocabularium Jurisprudentiae Romanae und des Merguetschen Lexikons zu Ciceros Schriften.

Die vielleicht dagegen geltend zu machende Stelle Ulp. D. 12, 5, 6 Perpetuo Sabinus probavit opinionem veterum existimantium id quod ex iniusta causa apud aliquem sit posse condici, enthält gegenüber den originalen Quellen des fakultativen Formularprozesses, in denen von condictio die Rede sein sollte, aber nicht ist, m. E. keinen Gegenbeweis; denn sie enthält nur einen so zu sagen „doppelt gebrochenen" Bericht: Ulpian berichtet, stets habe Sabinus die Meinung der veteres gebilligt, es könne . . . . . kondiziert werden. Auf diesem Wege kann das condicere sehr wohl aus der späteren in die frühere Zeit hinein projiziert worden sein. Vgl. zu der Stelle auch v. Mayr S. 124 f., der die veteres in dieser Stelle als Sabinus' Zeitgenossen ansehen will; dagegen, doch wohl mit Recht, Krüger Z. Sav. 21 S. 421.

Und ebenso ist es mit Marc. D. 48, 5, 29 (28) . . . per condictionem quae ex lege (sc. Julia de adulteriis — 736 d. St.! —) descendit . . . . . Die Condictio ex lege wird allseitig als Justinians Schöpfung anerkannt; vgl. z. B. Girard[4] S. 609 f.; und der Inhalt, auch die Echtheit von 48, 5, 29 sind viel zu zweifelhaft, als dass man aus ihr irgend welche Schlüsse gegen das hier Gesagte ziehen könnte. Baron (Seite 78 f.) natürlich akzeptiert die Stelle vollkommen: für ihn ist sie nichts als eine erwünschte Bestätigung seiner condictio generalis wie D. 12, 1, 9 pr. — § 2 auch. — Vgl. zu der Stelle Pernice III 1 S. 204 n. 1; Girard S. 610 n. 2.

Viel später erst finden wir condictio und condicere in juristisch-technischem Sinn in den Quellen; für die Zeit des fakultativen Formularprozesses kennen die römischen Quellen keine condictio[1]).

Nun war die l. a. per condictionem die (formell-) abstrakte Klage auf Certum.

So hat es einen guten Sinn, in der Zeit, in der die Quellen von der condictio schweigen, nach einem Rechtsinstitut, das sachlich der condictio der alten Zeit entspricht, nach einer abstrakten Schuldklage in ihnen zu suchen.

Und eine solche Klage findet sich auch; es ist die a. certae creditae pecuniae[2]) [3]) [4]).

Damit wird sie für uns zum Träger der Entwickelung, und wir haben sie genauer zu betrachten[5]).

Die wichtigsten Nachrichten über sie aus der Zeit des fakultativen Formularprozesses sind die l. Rubria c. 21[6]), die l. Julia mun. 1. 44 f.[7]) und der Rosciusprozess.

Cicero spricht im Gegensatz zu den anderen beiden Quellen in der Rede pro Q. Roscio Comoedo nicht ausdrücklich von a. certae creditae pecuniae; dass sie angestellt ist, ist trotzdem zweifellos[8]).

---

[1]) v. Koschembahrs Behauptung — I S. 55 —, dass man nach Wegfall der l. a. per condictionem den Namen condictio beibehielt, so zwar, dass die a. certae creditae pecuniae einmal Ansprüche des Zivilrechts, sodann aber auch Ansprüche des Peregrinenrechtes realisierte und in dieser letzteren Funktion condictio hiess, mag wohl mit Rücksicht auf die spätere Rechtsentwicklung ingeniös sein, wird aber durch die Quellen m. E. nicht belegt.

[2]) Vgl. v. Mayr S. 136 f.; Girard[4] S. 490; Lenel Ed. Perp.[2] S. 228. 230 f.

[3]) Es wird darum auch ganz allgemein die a. certae creditae pecuniae historisch an die l. a. per condictionem angeknüpft; vgl. z. B. v. Mayr S. 17 in Verbindung mit S. 136; Girard[4] S. 490. Vgl. auch Jobbé-Duval S. 82 f.

[4]) Die auf sie bezüglichen Stellen s. bei Lenel Ed. Perp.[2] S. 228 n. 1; Jobbé-Duval S. 73 ff.; Stintzing S. 4 f.

[5]) Eine Motivierung dieser Vertreterrolle der a. certae creditae pecuniae gegenüber der condictio findet sich in der Literatur nicht, ihr ist sie „die condictio des Formularprozesses"; so Girard[4] S. 490: „Condictio certae pecuniae, comme on l'appelle commodément, qui portait le nom technique d' a. certae creditae pecuniae."

[6]) Vgl. für die l. Rubria Girard Textes S. 72.

[7]) „Eine Klage nach dem Muster der a. certae creditae pecuniae" Pernice III 1 S. 204 n. 1.

[8]) Mit Rücksicht auf die aus IV 10. 12; V 14 der Rede sich ergebende sponsio und restipulatio, die von Gaius IV 13 und 171 der a certae cre-

Näheres über die a. certae creditae pecuniae[1]) erfahren wir zwar nicht aus l. Rubria cit. und l. Julia mun.; um so ergiebiger ist die Rosciusrede.

Dass der Gegenstand der Klage certa pecunia ist, dafür braucht man nicht erst eine Stütze für später in Gai. IV 13. 171[2]) zu suchen; das beweist schon ihr Name[3]).

Die Formel der a. certae creditae pecuniae lautet: Si Paret N^m N^m A^0 A^0 Sestertium X Milia Q.D.A. Dare Oportere Judex N^m N^m A^0 A^0 Sestertium X Milia C. S. N. P. A.[4])

Das Charakteristische an dieser Formel ist, dass sie ihrer Natur nach keine Angabe der causa enthält, aus der geklagt wird[5]) [6]).

Die a. certae creditae pecuniae war also „formell-abstrakt“ (s. oben S. 9) wie die l. a. per condictionem.

Dass sie mit einer sponsio verbunden war oder doch verbunden sein konnte, beweisen l. Rubr. cit. c. 21: . . . . . se sponsione iudicioque . . non defendet . . . . . neque de ea re sponsionem faciet; Cic. pro Rosc. IV 10. 12; V 14 cit. Ueber sie hat man schon aus diesen Stellen sehr viel festellen wollen. Besonders Karlowa (l. c. II S. 594 ff.) schliesst aus den harmlosen Worten: cum tertia parte sponsio facta est, die zudem höchst wahrscheinlich umzuändern sind in cuius tertia parte...

---

ditae pecuniae zugewiesen wird. Vgl. ferner H. H. Pflüger Ciceros Rede pro Q. Roscio Comoedo S. 3. — von Velsen Beiträge zur Geschichte des edictum praetoris urbani S. 64 f. hält, wenn ich ihn recht verstehe, die l. a. per iudicis postulationem für die im Rosciusprozess angestellte Klage!

[1]) In deren Gebiet sich die Kompilatoren stark betätigt haben; cf. Jobbé-Duval S. 73 ff.

[2]) Dessen sponsio tertiae partis nur denkbar ist, wenn eine Geldsumme von bestimmter Höhe eingeklagt ist.

[3]) Ueber den Sinn von „Certa pecunia“ s. oben S. 5 ff.

[4]) Vgl. nur Lenel Ed. Perp.[2] S. 230. — Ueber die Klausel Q. D. A. s. H. Krüger Z. Sav. 29 S. 368 ff.

[5]) cf. Leonhard S. 471 n. 8 und die dort Zitierten, bes. Baron l. c.; Pernice III 1 S. 212 n. 2.; v. Mayr S. 44. 129 mit einem schwerwiegenden Grunde für die Abstraktheit, aus der Roscius-Rede genommen, S. 199 ff.; Girard[4] S. 608; Lenel loc. cit. S. 230 f. u. a. m.

[6]) Das geht hervor aus der Gestalt der Formel, daraus, dass Cicero die Frage aus welchen causae geklagt ist, überhaupt aufwerfen kann; s. ferner Lenel l. c. S. 231.

(cf. Pflüger l. c. S. 10; Lenel Ed. Perp.[2] S. 232 n. 4), die sponsio sei nicht nur pönal, sondern auch präjudiziell gewesen. Diese Annahme ist aber m. E. unbegründet und verträgt sich nicht mit dem, was wir, besonders aus Gaius IV 171, für die sponsio der nächsten Periode feststellen werden[1]).

Was sich über die Klagegründe der a. certae creditae pecuniae ermitteln lässt, ergibt im Wesentlichen die Rosciusrede:

Haec pecunia (nämlich die mit a. certae creditae pecuniae eingeklagte) necesse est aut data aut expense lata aut stipulata sit, sagt Cicero in § 14, und in § 13: Adnumerasse sese negat, expensum tulisse non dicit..Reliquum est, ut stipulatum se esse dicat, praeterea enim quemadmodum certam pecuniam petere possit, non reperio.

Diese Worte sind sehr viel behandelt worden. Allgemein rechnete man die ungerechtfertigte Bereicherung zu den Condictionsgründen; wie war damit in Einklang zu bringen, dass Cicero nur Darlehen, Stipulation und Litteralkontrakt als Condictionsgründe nannte?[2])

Die einen fügten zu Ciceros Worten willkürlich ein „hauptsächlich“[3]) oder „im vorliegenden Falle“[4]) hinzu, entgegen Ciceros allgemein gehaltenen Worten: praeterea quemadmodum . . . . . non reperio.

Andere witterten hier eine rednerische Finte[5]); die Bereicherungscondictio habe Roscius zu fürchten gehabt, und daher unterschlage sie Cicero bei der Aufzählung der causae.

Aber dabei wird übersehen, dass Cicero kein besseres Mittel gehabt hätte, um Richter und Zuhörer auf die Bereicherungscondictio aufmerksam zu machen, als sie bei der Aufzählung der causae wegzulassen, und eine solche Torheit dürfen wir ihm nicht zutrauen[6]).

An dieser Stelle ist Pflüger (S. 15)[1]) ein sehr wesentlicher Fortschritt zu danken.

---

[1]) Ueber die Verfahrenseigentümlichkeiten der a. certae creditae pecuniae vgl. auch Girard[4] S. 490 unt. f.

[2]) cf. v. Mayr S. 95. 128 ff. (§ 7).

[3]) So Bethmann-Hollweg l. c. II Anh. S. 816.

[4]) So Savigny V S. 573 f.

[5]) So Krüger Z. Sav. 21 S. 421.

[6]) v. Mayr (S. 52 ff. 137) behauptet, es habe also damals noch keinen Bereicherungsanspruch gegeben. Demgegenüber s. oben S. 14 ff.

Das gerade Gegenteil entnimmt Baron (S. 138) der Rede. Nach ihm hatte der Kläger societas mit der condictio geltend gemacht. U. E. genügt es, dagegen auf c. IX § 25 hinzuweisen: quae cum ita sint, cur non

Mit Ausnahme von Girard, der schon in der zweiten Auflage[2]) seines Manuel die richtige Auffassung andeutet, wurde bisher ziemlich allgemein angenommen, Cicero nenne als mögliche Klagegründe Stipulation, Litteralkontrakt und Darlehen.

Aber wo spricht denn Cicero von Darlehen?

Data pecunia ist doch keineswegs nur das als Darlehen hingegebene Geld, sondern auch jede sine causa data pecunia. Damit erkennt man, dass Ciceros Worte uns die Möglichkeit offen lassen, die sog. condictiones sine causa in die Klagegründe der a. certae creditae pecuniae einzubegreifen, aber auch nur die Möglichkeit. Irgend welchen Beweis für die Geltendmachung der condictio sine causa durch diese Klage geben sie uns nicht in die Hand [3]). Ein gewisser Grad von Wahrscheinlichkeit aber spricht für ihre Geltendmachung durch a. certae creditae pecuniae, sobald man mit der herrschenden Meinung an der Lehre von dem historischen Zusammenhang zwischen der alten l. a. per condictionem und der a. certae creditae pecuniae festhält.

Mit Sicherheit sind also nur Stipulation, Litteralkontrakt und Darlehen als Klagegründe der a. certae creditae pecuniae dieser Zeit anzusehen[4]).

War die a. certae creditae pecuniae des fakultativen Formularprozesses nun eine Condictio?

Zwei verschiedene Antworten auf diese Frage finden sich in der Literatur. Die eine ist ein unbedingtes ja; die andere, die wir zunächst behandeln wollen, verneint sie und unterscheidet a. certae creditae pecuniae und eine condictio certae pecuniae.

---

arbitrum pro socio adegeris Q. Roscium . . . . . cf. v. Mayr S. 50 ff.; Pflüger l. c S. 117. Ueber die Zweiklagentheorie s. zunächst nur Pflüger S. 5 ff. und die dort Zitierten.

[1]) cf. Bekker Z. Sav. 25 S. 391.

[2]) Dies betont Pflüger S. 15 n. 36.

[3]) Daher folgert zu viel aus Ciceros Worten Pflüger S. 15 f.

[4]) Dass diese Feststellung unserem Ergebnis (s. oben S. 14 ff.): Bereicherungsklagen schon zur Zeit des Legisaktionenprozesses — nicht entgegensteht, braucht wohl kaum betont zu werden. Nicht um die Tatsache des Vorhandenseins, sondern um die Art der Geltendmachung dieser Klagen handelt es sich hier.

Ueber das Problem der prozessualen Konsumption im Hinblick auf den Rosciusprozess s. H. Krüger Z. Sav. 29 S. 378—389.

Diese Unterscheidung hat in den Ergebnissen des Rosciusprozesses ihre Wurzel: Dass in ihm eine a. certae creditae pecuniae angestellt war, darüber hat wohl schon immer Einverständnis geherrscht. Als Klagegründe führt Cicero, sagte die herrschende Meinung, Mutuum, Stipulation und Litteralkontrakt in seiner Rede an; wo bleibt, fragte man, die ungerechtfertigte Bereicherung? Wie sollte man Ciceros Worte mit dem, was man sonst über die Kondiktionsgründe wusste, in Einklang setzen? Als Ausweg ergab sich die Aufstellung einer neuen Klage.

Ueber die näheren Eigenschaften dieser neuen Klage war man sich nicht einig.

Karlowa argumentiert in folgender Weise:[1])

Die l. a. per condictionem ist Bereicherungsklage, die per iudicis postulationem die Klage aus Mutuum, Stipulation und Litteralkontrakt.

Aus der letzteren entwickelt sich die a. certae creditae pecuniae, aus der ersten die condictio certi (oder a. certae pecuniae). Beide sind scharf von einander zu trennen.

Woher Karlowa diese Unterscheidung nimmt, das wird nicht ganz klar: die einzelnen Unterschiede, die er (S. 595—598) zwischen den beiden Klagen aufzeigt, dienen ihm nicht dazu, die Unterscheidung zwischen ihnen erst herzuleiten, sondern sie sollen ihr, wie Pflüger[2]) mit Recht sagt, nur „einiges Leben einflössen."

Es scheint, dass er seine a. certae pecuniae creditae der Roscius-rede, seine condictio certi einfach der Tatsache entnimmt,[3]) dass Gaius in IV 19 nicht von certa credita pecunia, sondern von certa pecunia schlechthin spricht[4]).

Ueber die beiden Punkte, die bei einer solchen Unterscheidung zweier Klagen zweifellos zu den wichtigsten gehören, hat sich Karlowa teils garnicht, teils nur unvollkommen geäussert: Ueber die Formeln beider Klagen sagt er nichts ex professo; und als Klagegründe der a. certae creditae pecuniae sieht er Stipulation, Litteralkontrakt und

---

[1]) l. c. II S. 762 ff. S. 594 ff.

[2]) l. c. S. 7.

[3]) l. c. II S. 594 a. E.

[4]) Allerdings hätte ihm m. E. nicht entgehen sollen, dass es Cicero in seiner Rede genau so macht. Trotzdem nimmt Karlowa — mit Recht — an, dass es sich hier um eine a. certae creditae pecuniae handelt. Wieso aber jener so ganz andere Schluss aus Gaius' Ausdrucksweise in IV 19?

Mutuum an; aus welchen Gründen er dagegen die condictio certi hervorgehen lässt, das bleibt dunkel. Ob er angenommen hat, sie sei auf die Bereicherung beschränkt gewesen, oder ob er sie irgendwie mit der a. certae creditae pecuniae hat konkurrieren, also in jedem Falle hat anstellen lassen, in dem certa pecunia gefordert wurde, darüber lässt sich nichts sicheres sagen. Für das Letztere spricht allerdings, dass er seine condictio certi auf Dari Oportere von certa pecunia „schlechthin" gehen lässt.

In diesen zwei Fragen liegt m. E. der wunde Punkt der Lehre von den beiden Klagen.

Weiter ist Stintzing gegangen[1]).

Ueber das Problem der Formel jeder der beiden Klagen äussert zwar auch er sich nicht;[2]) um so eingehender aber behandelt er die Frage nach den causae der Klagen: Auch ihm ist a. certae creditae pecuniae die Klage aus Stipulation, Litteralkontrakt und Darlehen, die er zusammen Creditum nennt.

Condictio ist die Klage aus „ungerechtfertigtem Erwerb", die aber, wie Stintzing (S. 10 f.) mit Pernice (III 1 S. 220) annimmt, auch aus Darlehen angestellt werden kann.

Aus dieser Lehre folgt, dass aus dem Darlehen zweierlei Klagen hervorgehen konnten, eine Konsequenz, die in der Tat Stintzing selbst (S. 11) zieht.

Für solche zweierlei Klagen aus Darlehen lässt sich nun aber auch nicht eine Quellenstelle anführen.

Was Stintzing (S. 11 f.) darüber sagt, ist nicht geeignet, irgend welchen Beweis für das Vorhandensein dieser zwei Klagen zu liefern. Er hat seinen Gedanken zweifellos konsequent zu Ende gedacht, aber seine Theorie hat er unseres Erachtens damit zu Falle gebracht.

War die a. certae creditae pecuniae des fakultativen Formularprozesses also eine condictio?

Die h. M. sagt: ja, denn sie war eine abstrakte Schuldklage[3]).

---

[1]) Beiträge S. 4—17. S. 60 f.

[2]) Und auch für seine Lehre ist das ein kritischer Punkt; cf. Krüger bei Grünhut 29 S. 512 unten f.

[3]) cf. Mitteis in Jherings Jahrb. 39 S. 157 f. n. 2: „ . . . . . soviel ich sehe, ist die h. L. immer auf Identifizierung des certum condicere mit der a. certae creditae pecuniae gegangen." Vgl. v. Mayr Z. Sav. 24 S. 267 n. 5 mit der reichen dort zitierten Literatur. Dazu Girard[4] S. 490 n. 1; bezüglich der Rosciusrede v. Mayr Condictio des röm. Privatrechtes S. 49.

Und man wird sich ihr ohne weiteres anzuschliessen haben, wenn man an der unbedingten Identität von condictio und abstrakter Schuldklage festhält.

III. Zeit des obligatorischen Formularprozesses.

1. Zeit vor Gaius.

In der Zeit des obligatorischen Formularprozesses und zwar zunächst in der Zeit vor Gaius bleiben die Rechtssätze über die a. certae creditae pecuniae dieselben; das zeigen die uns erhaltenen Texte dieser Zeit [1]).

Wodurch sich indes die Zeit des obligatorischen Formularprozesses scharf von der Uebergangszeit abhebt, das ist die Tatsache, dass condictio und condicere sich jetzt wieder in den Quellen finden. Um ihre Bedeutung in dieser Zeit, um insbesondere auch das Verhältnis von a. certae creditae pecuniae und condictio zu erkennen, ist eine möglichst vollständige Zusammenstellung der Quellen erforderlich, in denen vorgaianische Schriftsteller condictio und condicere in technischem Sinn brauchen [2]).

---

[1]) cf. Jobbé-Duval S. 73 f.: Seneca de benef. III 7,1; Quint. Inst. orat. 4, 6, 2; 8, 3, 14; 12, 10, 70; Gell. Noct. Att. XIV 2; Pompon. D. 38, 1, 4; 12, 1, 8; African. D. 17, 1, 34 pr.

[2]) Vergl. Vocabul. Jurispr. Romanae s. v. Condico und Condictio. Es sind dabei auch diejenigen Stellen hinzuzunehmen, in denen Schriftsteller späterer Zeit die Ausführungen der Juristenschriften des obligatorischen Formularprozesses über die Condictio zitieren. In der nachfolgenden Aufstellung sind das diejenigen Stellen, bei denen in eckigen Klammern der Name des den Alten zitierenden Schriftstellers späterer Zeit dem Namen des Zitierten beigefügt ist. Bei diesen Stellen darf man indes nicht verkennen, dass ihnen nicht annähernd der Beweiswert zukommen kann, wie ihn die unmittelbar aus alter Zeit stammenden Quellen geniessen; denn es ist zu zweifelhaft, ob die späteren Juristen beim Zitieren sich genau an ihre Vorlagen aus alter Zeit hielten oder sie nur inhaltlich wiedergaben. Dass die Späteren keineswegs sich immer wörtlich ihren Vorlagen anschlossen, ergibt z. B. ein Vergleich der Stellen Julianus D. 39, 5, 2, 3. 4 mit Ulpianus D. 44, 4, 7 pr. § 1. Ulpian hat zweifellos die Absicht, den Julian zu zitieren, er hält sich aber keineswegs wörtlich genau an ihn. Interessant ist übrigens, dass er gerade das für die Lehre von der condictio incerti kritische Wort „incerti“ eliminiert, falls hier nicht die Kompilatoren die Hand im Spiele haben.

Aehnliches ergibt die Vergleichung von Pompon. D. 12, 1, 12 mit Pompon. D. 44, 7, 24, nur dass uns hier nicht Originalstelle und Zitat vor-

Condico.

Labeo		D. 19, 2, 60, 5; <Ulp.> 47, 2, 25, 1.
(Livius		I 32, 11)?
Mela	<Ulp.>	D. 19, 2, 19, 6.
Sabinus	<Ulp.>	D. 7, 5, 5, 1; 12, 5, 4 pr.; 12, 5, 6; 13, 3, 2; 19, 5, 17, 5.
	<Paul.>	12, 1, 31, 1; 18, 1, 57 pr.
Nerva	<Paul.>	D. 18, 1, 57 pr.
	<Ulp.>	12, 1, 9, 9.
Proculus	<Ulp.>	D. 12, 1, 11, 1; 12, 4, 3, 3; 12, 1, 9, 9.
Fulcinius	<Paul.>	D. 13, 1, 13.
Cassius	<Paul.>	D. 12, 1, 31, 1; 18, 1, 57 pr.
	<Ulp.>	12, 7, 2; 44, 5, 1, 10.
Urseius	<Ulp.>	D. 44, 5, 1, 10.
Javolenus		D. 12, 4, 10; 17, 1, 52.
Aristo	<Paul.>	D. 25, 2, 6, 6.
Celsus		D. 13, 1, 15;
	<Ulp.>	7, 5, 5, 1; 12, 4, 3, 6; 12, 5, 4, 2; 12, 5, 6; 12, 6, 26, 13; 13, 1, 10, 3; 13, 3, 2; 47, 2, 25, 1.
Julianus		D. 12, 4, 7 pr.; 12, 6, 32, 1. 3; 13, 1, 14, 2. 3; 18, 1, 41, 1; 19, 1, 24 pr. § 1; 23, 3, 46, 1; 39, 6, 13 pr.; 39, 6, 19; 46, 1, 19; 46, 3, 34 pr. § 6; 47, 2, 57 (56), 4.
	<Pomp.>	12, 1, 12; <Afric.> 12, 1, 23.
	<Ulp.>	12, 4, 3, 5; 12, 5, 2 pr.; 12, 6, 26, 7. 12; 13, 1, 10, 1; 15, 1, 3, 7; 15, 1, 11, 7; 19, 1, 11, 6; 24, 1, 19, 1; 25, 2, 17, 2; 27, 6, 11, 4; 46, 3, 58 pr.
	<Paul.>	12, 1, 29; 12, 1, 31, 1; 12, 4, 14; 13, 1, 3; 46, 3, 59; 47, 2, 24.

liegen, sondern zwei Stellen desselben Schriftstellers, in deren einer er selbst angibt, dass er zitiert, während er in der anderen das Zitierte in etwas anderen Worten als Eigenes vorträgt.

D. 25, 2, 17, 2 beispielshalber gehört dagegen nicht hierher: weder Ulpian noch Julian werden hier von certi condici posse eas res gesprochen haben (cf. Pernice III 1. S. 211 n. 2), sondern Tribonian.

Neratius <Ulp.> D. 24, 1, 13, 2.
<Paul.> 18, 1, 57 pr.
Pomponius D. 12, 1, 12; 12, 6, 19, 2; 12, 6, 22, 1; 24, 1, 31, 10; 45, 3, 39; 46, 3, 25; 46, 3, 66; 46, 8, 16 pr.
<Scaev.> 13, 1, 18.
<Ulp.> 4, 4, 16, 2; 11, 6, 3, 2; 47, 1, 2, 3.
<Paul.> 19, 1, 5, 1; 47, 2, 21, 10.
Venuleius D. 45, 1, 137, 2; 46, 8, 8, 1.
Africanus D. 12, 1, 23; 16, 1, 19, 5; 19, 1, 30 pr.; 23, 3, 50 pr.; 39, 6, 24; 44, 1, 18; 46, 3, 38, 3.

Condictio.

Mela <Paul.> D. 17, 1, 22, 9.
Proculus D. 12, 6, 53; 23, 6, 67.
<Ulp.> 12, 4, 3, 4.
(Quintil. decl. 341).
Fulcinius <Paul.> D. 13, 1, 13.
Javolenus D. 12, 6, 45.
Aristo <Ulp.> D. 12, 1, 9, 8; 13, 1, 12, 2.
Celsus D. 39, 5, 21, 1.
<Ulp.> 12, 6, 26, 13; 13, 1, 10, 3.
Julianus D. 12, 1, 19, 1; 12, 4, 7, 1; 12, 4, 11; 12, 6, 33; 12, 6, 34; 12, 6, 37; 12, 7, 3; 13, 1, 14 pr. § 2; 23, 3, 46 pr.; 24, 1, 4; 26, 8, 13; 30, 60; 37, 6, 3, 5; 39, 5, 2, 3; 39, 5, 2, 7; 39, 6, 18, 1; 43, 26, 19, 2; 46, 8, 22 pr.; 47, 6, 2.
<Pomp.> 12, 1, 12.
<Ulp.> 5, 3, 16, 7; 5, 3, 31 pr.; 7, 1, 12, 5; 11, 3, 11, 2; 12, 1, 9, 8; 12, 2, 13, 2; 12, 6, 26,7; 13, 1, 10 pr.; 14, 6, 9, 1; 23, 3, 5, 9; 39, 6, 37, 1; 41, 1, 33, 2; 44, 4, 7 pr. § 1; 46, 3, 58 pr.; 47, 2,14 pr.
<Paul.> 9, 4, 31; 13, 1, 3; 13, 1, 19.
Neratius <Ulp.> D. 13, 1, 12, 2.

Pomponius	D. 12, 1, 12; 13, 1, 2; 13, 1, 16; 44, 7, 24 pr. § 1. 2; 44, 7, 56; 47, 2, 9, 1; 47, 2, 77 (76), 1.
<Scaev.>	13, 1, 18.
<Ulp.>	35, 3, 3, 10; 47, 1, 2, 3.
<Paul.>	12, 2, 28, 9; 12, 5, 9, 1.
Africanus	D. 19, 1, 30 pr.; 39, 6, 23; 39, 6, 24; 46, 3, 38, 1; 46, 3, 38, 3; 46, 8, 25, 1 [1]).

Condicticius.

Julianus (Trib.?)	D. 12, 4, 7 pr.
<Ulp.> (Trib.?)	12, 2, 13, 2.

Prüft man diese Stellen durch, so ergibt sich, dass in ihrer grossen Mehrheit Condictio bezw. Condicere den Sinn einer Klage hat, durch die man zurückerlangt, was zu Unrecht bei jemand anderem sich befindet [2]).

Nur ganz verschwindend wenige sind unter ihnen, in denen Condictio den Sinn einer Kontrakts-Klage zu haben scheint: es sind von den original vorgajanischen Stellen:
Jav. D. 17, 1, 52;
Jul. D. 23, 3, 46, 1;
Venul. D. 45, 1, 137, 2,

[1]) Hinzuzufügen sind eventuell noch die Stellen Tryphoninus 13, 1, 20: . . . tamen durare condictionem ueteres uoluerunt, und Paulus 39,6, 35,3: . . . nec dubitauerunt Cassiani, quin condictione repeti possit . . ., endlich vielleicht auch Pomponius 47, 2, 77 (76), 1: . . . haec Q. Mucius refert et vera sunt: nam licet intersit furis rem saluam esse, quia condictione tenetur . . ., in der indes die letzten Worte sehr wohl aus dem Sinne des Pomponius gesprochen sein können.

[2]) Mit voller Absicht begnügen wir uns mit dieser ganz allgemeinen Charakterisierung der Condictio der angeführten Stellen. Die in letzter Zeit so viel behandelte Frage nach dem genauen rechtlichen Wesen dieser Condictio ist rein dogmatischer Natur; Berufenere haben sie behandelt, mit besonderer Intensität in letzter Zeit v. Mayr und sein Gegner v. Koschembahr-Lyskowski. Für unsere historische Betrachtung aber ist es nicht von Bedeutung, ob wir die Condictio dieser Funktion mit v. Koschembahr (l. c. I. S VII f. 21 ff.) als Bereicherungsklage anzusehen haben, oder mit v. Mayr — vgl. diesen S. 301; s. auch v. Koschembahr I S. VI mit den dort zitierten Stellen — als Rückforderungsklage für die auf Grund eines rechtsunwirksamen Geschäftes erfolgte Leistung.

von den nur zitierten Stellen:
Nerva <Ulp.> D. 12, 1, 9, 9;
Proc. <Ulp.> D. 12, 1, 11, 1;
Jul. <Paul.> D. 12, 1, 29.

D. 17, 1, 52 lautet:

Fideiussorem, si sine adiectione bonitatis tritici pro altero triticum spopondit, quodlibet triticum dando reum liberare posse existimo: a reo autem non aliud triticum repetere poterit, quam quo pessimo tritico liberare se a stipulatore licuit. itaque si paratus fuerit reus, quod dando ipse creditori liberari potuit, fideiussori dare et fideiussor id quod dederit, id est melius triticum condicet, exceptione eum doli mali summoveri existimo.

Hier wird mit Condicere die Klage bezeichnet, durch welche der Bürge, der den Gläubiger befriedigt hat, vom Schuldner Erstattung verlangt. Die Stelle ist höchst interpolationsverdächtig oder, wie Krüger (Corp. Jur. Civ. edd. Mo.-Krüger I) zu der Stelle in n. 17 andeutet, mit Glossemen durchsetzt: ist die Condictio überhaupt Vertragsklage gewesen, so war sie es nach der jetzt ganz herrschenden Meinung nur aus res, verba oder litterae.

Keiner von diesen drei Klagegründen liegt hier vor, mag es sich nun, wie Lenel (Pal. I. Jav. 71 n. 8. 1—3) will, um die actio depensi des sponsor, oder um die actio mandati contr. des fideiussor handeln. So wird man annehmen müssen, dass das „condicet“ in der Stelle nicht von Javolenus herrührt, sondern von Tribonian, für den ein Unterschied zwischen condictio und a. in personam nicht mehr besteht, condicet an dieser Stelle somit einen guten Sinn hat.

Jul. D. 23, 3, 46, 1 sagt:

Si debitori suo mulier nuptura ita dotem promisisset: ‘quod mihi debes aut fundus Sempronianus doti tibi erit’; utrum mulier vellet, id in dote erit: et si quidem debitum maluisset dotis nomine apud virum remanere, potest ea exceptione se tueri adversus petentem fundum: quod si fundum dedisset pecuniam marito condicet.

Auch sie ist in ihrer jetzigen Gestalt sachlich so eigentümlich, dass der Verdacht der Interpolation nahe liegt. Eine Frau hat ihrem zukünftigen Manne „ein Grundstück oder die Liberierung von seiner Schuld alternativ zur dos bestellt“ (v. Koschembahr-Lyskowski

I. S. 111 n. 1.) Ob sie die ihr zustehende Wahl durch Erklärung gegenüber dem Manne bereits ausgeübt hat, oder dies erst im Prozesse adversus petentem fundum tut, ist nicht recht ersichtlich; wie dem auch sei, in jedem Falle ist es merkwürdig, dass hier eine exceptio gewährt wird.

Hat die Frau die Wahl ausgeübt, so hat sie die Alternativobligation dadurch zu einer einfachen gemacht und schuldet, wenn überhaupt noch etwas, die Acceptilation oder eine andere Form der Schuldbefreiung. Der Mann, der dann noch den fundus einklagt, verlangt einfach ein indebitum und ist abzuweisen. Wozu die exceptio?

Hat sie aber die Wahl noch nicht ausgeübt, so liegt in der Klage des Mannes auf den fundus unter Ignorierung ihres Wahlrechtes eine plus petitio (cf. Girard[4] S. 467 n. 1), die ihn zu jener Zeit — die Stelle stammt von Julian — sachfällig machen musste. Auch hier können wir nicht sehen, wozu die exceptio nötig ist.

Unklar ist aber auch der Sinn der letzten Worte: quod si fundum dedisset pecuniam marito condicet.

Sollen sie, wie anscheinend Mommsen sowohl wie Lenel (Pal. I Jul. 269) annehmen, den näheren Inhalt der vorher erwähnten exceptio bringen, so sind sie sachlich nicht verständlich: Der einzige Sinn der hier gegebenen exceptio könnte höchstens der sein, dass bei Leistung des fundus eine ungerechtfertigte Bereicherung des Mannes eintreten würde, die die Frau (im Wege der exceptio?) schon jetzt geltend macht. Dann aber müsste es doch vielmehr heissen: fundum marito condicet, nicht wie die Stelle sagt, pecuniam. Sollen die Worte „quod si . . . . . .“ aber für sich allein stehen und bedeuten, dass, wenn die Frau sich für Leistung des fundus entscheidet, sie ihre Geldforderung gegen den Mann einklagen kann, — und in diesem Falle nur würde die in der Stelle enthaltene Condictio eine Vertragsklage sein — so wären sie von einer so tristen Selbstverständlichkeit, wie sie wohl den Compilatoren oder der Glosse, nicht aber dem Klassiker Julian zugeschrieben werden kann.

Auch diese Stelle ist daher nicht geeignet uns einen anderen Sinn der vorgajanischen Condictio annehmen zu lassen, als er sich aus den oben S. 33 ff. aufgeführten Stellen ergab.

Demgegenüber wird man annehmen müssen, dass die Worte nihilo minus ei recte condicetur in der Stelle Ven. D. 45, 1, 137,2 allerdings eine Stipulationsklage zum Gegenstande haben; auch diese Stelle aber ist nicht unverdächtig [1]).

Es bleiben noch die Stellen späterer Zeit übrig, die vorgajanische Schriftsteller zitieren und denen wie gesagt nicht annähernd der Beweiswert der aus der früheren Zeit selbst stammenden Quellen zukommen kann. Ulp. D. 12, 1, 9, 9 spricht von einer Condictio und zitiert für sie Nerva und Proculus [2]). Das Gleiche gilt für Ulp. D. 12, 1, 11, 1, wo allerdings nicht ganz zweifellos eine Vertrags-Condictio gemeint ist, vielmehr auch eine Rückforderungsklage in Betracht kommt. In Paul. D. 12, 1, 29 ist dagegen die Interpolation der für uns kritischen Worte posse dici . . . condici posse [3]) sehr wahrscheinlich [4]).

Abgesehen von diesen geringfügigen Spuren müssen wir also für die Zeit des vorgajanischen Formularprozesses den Sinn der Rückforderungsklage für die Condictio festhalten.

Hält man an der Lehre von der Kontinuität in der Entwickelung der römischen Condictio und von ihrer Existenz trotz ihrer Nichterwähnung durch die Quellen fest, so hat man allerdings anzunehmen, dass neben diesem quellenmässig bezeugten Sinn der Condictio als Rückforderungsklage sie auch noch in dem weiten Sinn einer abstrakten Schuldklage mit den Klagegründen res, verba, litterae vorgekommen ist, auch wenn dieser Sinn in den Quellen so gut wie nicht bezeugt ist.

---

[1]) Vgl. Pernice III 1 S. 205 n. 1.

[2]) Aber abgesehen davon, dass die Stelle nicht von Nerva oder Proculus herrührt, sondern von Ulpian und also willkürlich zitiert sein kann, ist sie wohl auch — vgl. Pflüger l. c. S. 17. 68 n. 108. S. 70 mit n. 114 und den dort Zitierten; dazu v. Mayr Z. Sav. 24 S. 268 — im ganzen, nicht nur teilweise (cf. Pernice Z. Sav. 13 S. 252) verdächtig. — Zu Dig. 12,1,9 vgl. auch K. Δ. Τριανταφυλλόπουλος, Περὶ τῆς Condictio incerti ἐν τῷ Ῥωμαϊκῷ δικαίῳ (Ἀθήναις 1907) S. 19—38, bes. S. 37 f.

[3]) Die Pflüger l. c. S. 75 annimmt.

[4]) Vgl. zu der Stelle vor allem Mitteis Jherings Jahrb. 39 S. 169 ff.; v. Mayr S. 189 ff. S. 252; v. Koschembahr-Lyskowski I S. 131 mit den dort Zitierten; II S. 5 n. 8.

2. Zeit des Gaius.

Ein anderes Bild ergibt sich aus den Schriften des Gaius. Die Stellen, in denen er von condictio und condicere spricht, sind folgende:

a. Condicere.

Inst. II 79; III 91; IV 18.

b. Condictio.

Inst. II 79; III 91; IV 5. 8. 12. 18. 33.
D. 2, 13, 10, 3; 18, 1, 35, 4; 19, 2, 25, 8; 24, 1, 6; 25, 2, 26; 47, 2, 55 (54), 3.

Wie seine Vorgänger so kennt auch Gaius die Condictio in dem Sinne der Rückforderungsklage. Das ergeben die Stellen:
Inst. II 79; IV 8; D. 2, 13, 10, 3;
18, 1, 35, 4; 19, 2, 25, 8; 47, 2, 55 (54), 3
(Condictio furtiva),
Inst. III 91 (Condictio sine causa),
D. 24, 1, 6 (Condictio sine causa; Condictio ex iniusta causa),
endlich auch die Stelle D 25, 2, 25:
Rerum amotarum actio condictio est [1]).

Daneben aber — und darin liegt das Neue — hat die Condictio bei Gaius noch einen ganz anderen, bedeutend weiteren Sinn, den die Stellen Inst. IV 5. 18. 33; III 91 ergeben.

Aus IV 18: . . . . . condictionem dicimus . . . . . oportere und IV 33 ergibt sich mit Notwendigkeit, dass hier condictio den Sinn einer persönlichen Schuldklage hat, und zwar einer abstrakten Schuldklage [2]).

Die h. M. geht noch weiter; aus IV 33: sive enim pecuniam sive rem aliquam certam debitam nobis petamus eam ipsam dari nobis oportere intendimus . . . . . entnimmt sie die Beschränkung des Gegenstandes dieser abstrakten persönlichen Schuldklage

[1]) Dass bei dieser Stelle nicht alles seine Richtigkeit hat — man braucht sie nur mit den Stellen h. t. 17,2; 17,3 mit 18; 25 zusammenzuhalten, die condictio und a. rer. amotar. einander gegenüberstellen —, darüber ist man sich wohl einig; am weitesten ist jedenfalls Lenel Edict. Perp.[2] S. 298 f. in ihrem Verständnis gekommen, bei alledem liegt die Annahme einer Interpolation, die Lenel ja auch keineswegs zurückweist, doch recht nahe.

[2]) Vgl. oben S. 9.

auf Certum und zwar Certum im Sinne von Certa pecunia oder Certa res, und definiert also diese Condictio weiteren Sinnes als die auf Certum gerichtete abstrakte persönliche Schuldklage [1]).

Mit diesem Resultat tritt sie an die in IV 5 von Gaius gegebene Definition der Condictio heran und vermag sie nun nicht recht zu erklären:

in personam vero a^s quibus dari fierive oportere intendimus, condictiones.

Wie kommt das fieri in die Definition hinein; wo bleibt die Begrenzung des Gegenstandes der Klage, die Beschränkung auf certum?

Krüger findet — Z. Sav. 21 S. 422 — die Definition „unzweifelhaft verwunderlich".

v. Mayr — S. 140 f. — beruft sich auf den alten Juristen, aus dem Gaius seine Institutionen abgeschrieben haben soll.

Pernice — III 1 S. 202 — verwirft die Definition des Gaius als praktisch und begrifflich bedeutungslos; Kipp — S. 849 — lässt sie mit Pernice beiseite.

In Wirklichkeit ist die Voraussetzung unrichtig, von der man ausgeht, nämlich dass IV 33 die Condictio auf Certum beschränke. IV 33 [2]) gibt nichts weiter an als ein mögliches Petitum der Condictio, und zwar dasjenige, welches hier allein in Betracht kommt, nämlich das dem Gegenstande der alten legis actio per condictionem entsprechende Petitum [3]). Dass sie aber das einzig mögliche Petitum enthalte, davon steht gar nichts in ihr, und so wird IV 5 aufs schönste vereinbar mit IV 18 und 33.

Wie erklärt sich nun aber die weite Fassung des Gegenstandes der Condictio in IV 5?

U. E. durch das Rechtsinstitut der Condictio incerti [4]).

---

[1]) Vgl. v. Mayr S. 135. 257. 281 f. 283. 285. Jörs § 51.

[2]) Ueber den Sinn von IV 33 s. jetzt Lenel Z. Sav. 30 S. 344 ff.

[3]) Vgl. dazu Krüger Z. Sav. 21 S. 422.

[4]) v. Mayr's Behauptung — l. c. S. 235 — „dass bei Gaius . . . . sich auch nicht eine Spur der Condictio incerti findet", mit der er Trampedach Z. Sav. 17 S. 120 folgt und die er auch nach seiner Umkehr zur Anerkennung der Echtheit der condictio incerti noch aufrecht erhält — Z. Sav. 25 S. 191 f. — scheint mir mit Rücksicht auf IV 5 nicht richtig.

Kurz vor Gaius nämlich hatte sich eine Erweiterung des Anwendungsgebietes der Rückforderungscondictio dahin vollzogen, dass sie auch auf ein sog. Incertum, ein fieri, gerichtet werden konnte.

Als Rückforderungsklage im eigentlichen strengen Sinne wird man die Condictio incerti allerdings nicht betrachten dürfen. Sie hat keineswegs nur wie z. B. als Condictio operarum die Bedeutung einer Klage auf Rückgewährung des zu Unrecht Geleisteten, sondern mehrfach die einer Klage auf Gewährung des zu Unrecht nicht Geleisteten. So in D. 35, 3, 3, 10; hier wird die Condictio auf Vornahme des omissum künstlich genug, um den Begriff der Rückforderung festzuhalten, mit Hilfe der Denkform des indebitum — Trampedach Z. Sav. 17 S. 117 — erklärt.

Diese Scheidung hat man auch innerhalb der condictio cautionis zu machen; Ulpian gewährt in D. 35, 3, 3, 10 die Condictio auf Vornahme der Cautio, in D. 36, 4, 1 pr. die Condictio auf Rückgewährung der Cautio und zwar in Gestalt einer condictio liberationis. Eigentümlich ist die — von der vorerwähnten zu trennende — Erscheinung, wie in 36,4, 1 cit. condicere in zweierlei Sinn gebraucht wird: einmal liberationem, einmal satisdationem condicere. Ueber die Frage der Echtheit der Stellen s. Pflüger pr. Rosc. S. 21 f. n. 41 mit den dort Zitierten. —

Gegen die Anerkennung dieses Rechtsinstitutes für das klassische Recht hat man sich lange gewehrt[1]); nach den ein-

---

[1]) Condictio incerti und h. L., der die condictio die Klage auf certum war, standen im Gegensatz zu einander. Wie sollte der gehoben werden? Man stand hier vor einer Wahl:

Entweder die h. M. oder die cond. incerti war falsch.

Man entschied sich für das letztere, und so wurde die cond. incerti zu einer der vielen Schöpfungen Tribonians gestempelt, die erst durch ihn in die Schriften der klassischen Juristen eingefügt worden sei.

Diese Entfernung der cond. aus dem klassischen Rechtssystem war nicht das Werk eines Einzigen: schrittweise nur, in jahrzehntelanger Arbeit ist man dahin gekommen.

Zuerst gelang es Lenel 1883 nicht, die Stelle im Album zu finden, an die die condictio incerti gehörte; dann deckte Pernice (III 1 S. 202 ff.) im Jahre 1892 all die Zweifel auf, die die condictio incerti auch sonst erregte.

dringenden Forschungen der letzten 10 Jahre wird man indes als annähernd feststehend ansehen dürfen, einerseits, dass die Bezeichnung „Condictio incerti“ zwar unecht ist [1]), anderseits aber, dass die Lehre von der sachlichen Unechtheit dieses Instituts sich nicht halten lässt.

Gleichgiltig ist es für uns, ob man die Existenz einer condictio auf incertum anzunehmen hat oder (mit v. Koschembahr-Lyskowski II S. 284 f.) das in einem fieri bestehende sogenannte Incertum als ein Certum weiten Sinnes auffassen und somit auf diesem Wege die Beschränkung des Condictionsgegen-

---

1896 machte Trampedach (Z. Sav. Bd. 17) den Versuch, die Bezeichnung der cond. incerti als Interpolation zu erweisen, und im folgenden Jahre veröffentlichte Pflüger (das. Bd. 18) eine Abhandlung, die die cond. incerti auch sachlich als eine der vielen Fälschungen Tribonians hinstellte. Und von Mayr schliesst im Jahre 1900 diese Entwickelung ab: Auch ihm ist die condictio incerti eine „Erfindung der Kompilatoren“.

Ganz rigoros stellte sich der Condictio incerti gegenüber Benigni Archivio Giur. 1905 S. 309 ff.

Bereits 1900 aber erfolgte der Rückschlag: Krüger wies in einer sehr genauen Besprechung der v. Mayr'schen Schrift nach, dass sich die Lehre von der interpolierten cond. incerti nicht halten lässt, dass diese vielmehr dem klassischen Recht angehört: Stintzing — l. c. S. 20—37 — schloss sich an. 1903 widerrief v. Mayr in der Tat seine Lehre, und auch Girard spricht sich jetzt sowohl (1906) wie schon früher (1898) für die Klassizität der cond. incerti aus. Und da in der Tat kein Grund dafür besteht „d'attribuer aux compilateurs un ensemble d'interpolations si bien méthodique et bien habilement suivi“, so wird man sich diesen letzteren ohne weiteres anschliessen müssen.

Vgl. jetzt auch v. Koschembahr-Lyskowski II S. 78—290, dazu Krüger Z. Sav. 28 S. 465; Kübler Berl. Philol. Zeitschr. 1908 Nr. 46 S. 1441—1447.

Unentschieden H. J. Roby Roman Private Law (Cambridge 1902) II S. 85 und n. l.:

. . . . . It must be admitted that many of the passages naming cond. incerti seem to betray Tribonians handling, but to get rid of incerti cond. alltogether requires very slashing treatment of the Text. — Doch scheint Roby Krügers Besprechung des v. Mayr'schen Buches in Z. Sav. 21 noch nicht zu kennen. S. auch Duquesne Nouv. Rev. hist. 32 (1908) S. 220; Berger b. Grünhut 35 (1908) S. 397 f.

[1]) cf. Girard[4] S. 614 n. 2 a. E. mit den dort Zitierten; vgl. auch Τρανταφυλλόπουλος l. cit. S. 39 f.; s. aber z. B. Kübler Berl. Philol. Zeitschr. 1908 S. 1446 f.

standes auf Certum aufrecht erhalten will [1]), ob man mit a. W. den Begriff Condictio oder den Begriff des Certum erweitern will: die Hauptsache für uns ist hier, dass der Inhalt von Gaius IV 5 nicht als „verwunderlich", sondern als eine wohlbegründete Konsequenz einer kurz vorher geschehenen neuen Rechtsbildung anzusehen ist.

Die Formel der auf eine bestimmte Geldsumme gerichteten condictio lautet: [2]).

Si P. N^m N^m A^o A^o Sestertium Decem milia Q. D. A. [3]) Dare Oportere Iudex N^m N^m A^o A^o Sestertium Decem Milia C. S.N.P.A.

Diese Formel stimmt Wort für Wort überein mit dem Wortlaut der im Roscius-Prozess benützten Klageformel (oben S. 27). Die gegen Roscius angestellte Klage war die a. certae creditae pecuniae, die von Gaius behandelte Klage mit der gleichen Formel ist die condictio weiten Sinnes.

Aber nicht nur im Wortlaut, auch in den Gründen stimmen beide Klagen überein.

Ciceros a. certae creditae pecuniae konnte angestellt werden aus Mutuum, Stipulation, Litteralkontrakt und möglicherweise aus ungerechtfertigter Bereicherung.

Gaius' condictio beruht — das beweisen die ganz allgemeine Fassung, die er ihr gibt, und ausserdem einzelne Stellen seiner Schriften — auf Mutuum (Inst. III 91), Stipulation (IV 93), Litteralkontrakt (der nicht ausdrücklich bezeugt ist, aber mit starker Wahrscheinlichkeit aus IV 64 entnommen werden darf) und — sicherlich — auf ungerechtfertigter Bereicherung (Inst. III 91; II 79; IV 4. 8; II 283; D. 2, 13,10,3; 18, 1,35,4; 19,2,25,8; 24,1,6; 47,2,55, (54),3.

Die Rechtssätze über die a. certae creditae pecuniae sind zu Gaius' Zeit noch dieselben wie vorher.

Mit voller Sicherheit kann man also sagen:

Die auf Geld gerichtete bei Gaius IV 5.18.33 bezeugte Condictio ist identisch mit der a. certae creditae pecuniae.

---

[1]) Dagegen vgl. Krüger Z. Sav. 28 S. 465 f.; Kübler l. cit. S. 1441 f.

[2]) cf. Lenel loc. cit. S. 230 mit den angeführten Gaiusstellen. Vgl. auch Pomp. D. 12, 4, 15 ages cum Attio dare eum tibi oportere; s. auch die bei v. Mayr S. 192 zitierten Stellen, von denen aber nur 12,2, 42 pr. alt — von Pomponius — ist, während die beiden anderen von Ulpian stammen; cf. auch Seckel-Heumann[9] S. 88 s. v. condicere.

[3]) Darüber vgl. Partsch Formules de procédure civile romaine (Genf 1909) S. 4; Krüger Z. Sav. 29 S. 378 ff.

Dasselbe gilt, wenn man die Existenz dieser Condictio weiten Sinnes auch für die vorgajanische Periode annehmen will (s. oben S. 38), für die Zeit vor Gaius.

Dass diese Condictio weiteren Sinnes = a. certae creditae pecuniae als (formell-) abstrakte Schuldklage des strengen Rechts nicht dem materiellen Rechte, sondern dem Prozess angehört, ist klar.

Scharf zu scheiden von diesem Sinne der Condictio ist nun aber der für die vorgajanischen Quellen allein und für die Zeit des Gaius neben dem weiten Sinn der Condictio bezeugte Sinn der Rückforderungscondictio[1]). Der Versuch, dieser Funktion der Condictio prozessuale Eigentümlichkeiten zu vindizieren, durch die sie sich sei's in der Formel sei's im sonstigen Verfahren von der a. certae creditae pecuniae unterschiede, wie ihn Karlowa und Stintzing gemacht haben[2]), ist u. E. nicht gelungen; ihre Sonderheit liegt eben nicht auf diesem Gebiet: So wie der weite Sinn der Condictio dem römischen Prozesse, so gehört der engere dem materiellen Rechte an. Und für diese Zugehörigkeit der Rückforderungscondictio zum materiellen Rechte sprechen nicht nur diese Gründe sozusagen negativer Art — die eben darin liegen, dass sie nicht dem Prozess angehört — sondern m. E. auch einige Anzeichen positiver Art: die Stellen Jav.D.17,1,52 und Gaius D.25,2, 26 (oben S. 36 und S. 39 mit n. 1) werden m. E. bei dieser Auffassung verständlicher[3]).

---

[1]) Dass Condictio von den Römern in doppeltem, einem weiteren, einem engeren Sinne gebraucht worden ist, ist bereits von Bekker l. c. I S. 135 f. hervorgehoben; indes ist die Ausdehnung, die er dem Begriff Condictio im weiteren Sinn gibt, doch wohl nicht die richtige: Testamentarische Verordnungen begründeten keine Condictio, wie er S. 135 sagt — vgl. z. B. Jörs l. c. § 51, 1 b. S. 121 —, und die Condictio ex lege stammt von den Compilatoren.

[2]) Zu diesem Versuch vgl. noch v. Mayr Z. Sav. 24 S. 260 ff.; im Uebrigen s. oben S. 30 f.

[3]) Von einer prozessualen Condictio des regredierenden Bürgen — 17, 1, 52 — zu sprechen ist und bleibt ein Unding, mag sichs nun um die a. depensi oder um die a. mandati contr. handeln. Versteht man aber unter condictio den dogmatisch hier vielleicht nicht besonders scharf gebrauchten rein materiellrechtlichen Begriff des Rückforderungsanspruches, so wird die Stelle vielleicht klarer. Und die a. rerum amotar. in D. 25,2,26 steht

Ulp. D. 12,6, 1, 1: Et quidem si quis indebitum ignorans soluit, per hanc actionem condicere potest würde sich m. E. nicht so ausdrücken, wenn condicere hier nicht den rein materiellrechtlichen Sinn des Zurückforderns hätte[1]).

Bei der Abgrenzung der Begriffe a. certae creditae pecuniae und condictio gegen einander wird man v. Mayr (Z. Sav. 24 S. 260 ff.) nicht ganz folgen können, der ohne weiteres a. certae creditae pecuniae und condictio identifiziert, ohne auf die für die Abgrenzung ganz präjudizielle Frage der beiden Bedeutungen der Condictio zu kommen, und der trotz der Identität, m. E. nicht zu Recht, in der a. certae creditae pecuniae „regelmässig den Anspruch", in der Condictio „das Verfahren" erblickt[2]).

Dagegen wird man im Wesentlichen mit Hugo Krüger[3]) gehen können, der erst die beiden Sinne von Condictio, den prozessualen und den materiellen, scharf trennt und dann die Identität von a. certae creditae pecuniae und dem prozessualen Sinn der Condictio feststellt, die dadurch nicht beeinträchtigt wird, dass nach Krüger „Condictio" mehr die prozessuale, „a. certae creditae pecuniae" mehr die materielle Seite des an sich dem römischen Prozesse angehörenden Begriffes bezeichnet.

Beide Begriffe hat man scharf zu trennen, wenn man die so oft aufgeworfene Frage nach dem Wesen der Condictio beantworten will. Für Untersuchungen in dieser Richtung liegt m. E. an dieser Stelle eine Klippe, die, wie mir scheint, selbst v. Koschembahr-Lyskowski sowohl wie v. Mayr nicht ganz vermieden haben.

---

in ihrer Wirkung der Condictio furtiva ja nahe und ist ihr materiellrechtlich verwandt; eine Condictio im prozessualen Sinne kann sie niemals sein; cf. Lenel Edict. Perp.[2] S. 298 f.

[1]) Diese an sich ja einer bedeutend späteren Zeit angehörige Stelle lässt sich hier heranziehen, weil die Identität der späteren, also auch der von Ulpian bezeugten Rückforderungs-Condictio mit der der früheren Zeit unzweifelhaft ist; was speciell Ulpian anlangt, so ergibt sie sich beispielsweise aus D. 12,1,11,1; 12,4,3,3; 12,7,2; 19,2,19,6, besonders auch 44,4,7 pr. (Julianus ait . . .) und all den anderen Stellen — s. oben S. 33ff. —, in denen Ulpian die früheren Schriftsteller zitiert und dabei die von jenen behandelte Rückforderungscondictio mit der seinigen voll identifiziert.

[2]) l cit. S. 267.

[3]) Bei Grünhut 29 S. 512 f.

v. Koschembahr verwirft — II S. 34 — Barons Lehre, dass die Condictio nicht dem materiellen Rechte, sondern ausschliesslich dem Prozessrecht angehöre, indem er (S. 34—39) nachzuweisen sucht, dass die Condictio bestimmte materielle Voraussetzungen gehabt habe; an sich ist das gewiss richtig; damit aber ist Barons Lehre wohl noch nicht ganz widerlegt; vielmehr kann ihr gegenüber wohl nur durchschlagen, dass es einen Begriff der Condictio gibt, der ausschliesslich dem materiellen Recht, einen, der allein dem Prozess angehört.

v. Mayr betont mit Recht (S. 300f.), dass bei dem Versuche, einen einheitlichen Begriff der Condictio aufzufinden, die Condictio aus Kontrakten nicht ausser Ansatz gelassen werden dürfe, wie das z. B. v. Koschembahr-Lyskowski (I S. 10 n. 5) bewusst, aber m. E. nicht zu Recht tut. Er sucht alsdann nachzuweisen, dass die sogenannten Condictiones sine causa nicht Bereicherungsklagen, sondern Rückforderungsklagen aus Anlass der Rechtsunwirksamkeit eines Geschäftes sind (S. 331; vgl. auch S. 420). Gleich darauf aber (S. 331) sind ihm die Condictiones sine causa wie die Condictio überhaupt Rückforderungsklagen, und er erblickt (S. 355 f.) das gemeinsame Merkmal der Condictionen in dem Gedanken der Rückforderung, der ihren sämtlichen Erscheinungsformen inne wohne, und zwar einer Rückforderung, die sich auf einen Vertrag stütze in den Fällen des Darlehens, der Stipulation und der Litteralkontrakte, auf die Rechtsunwirksamkeit eines Geschäfts in den Fällen der Condictio sine causa.

Auf diese Weise gewinnt v. Mayr einen einheitlichen Begriff der Condictio und bezeichnet bezüglich seiner als unzutreffend (S. 421), „wenn die Condictio überhaupt aus dem materiellen Rechte verwiesen und ihr lediglich der Charakter einer Prozessform zuerkannt werde".

Der Gedanke der Rückforderung ist aber nun einmal der aus Kontrakten — mit Ausnahme von Mutuum — entspringenden Condictio fremd; und ebenso fremd ist anderseits die rechtsgeschäftliche Grundlage den Condictiones sine causa; v. Mayr sagt (S. 331) selbst ganz mit Recht, dass die Condictiones sine causa nicht aus dem Rechtsgeschäft als Geschäftsklagen, sondern nur aus Anlass der Rechtsunwirksamkeit eines Geschäftes entspringen.

Lässt sich also der von v. Mayr aufgestellte einheitliche Begriff der Condictio ganz aufrecht erhalten?

Hält man aber daran fest, dass die Condictio in zwei Bedeutungen vorkam, erstens der materiellrechtlichen der Rückforderungsklage, zweitens der rein prozessualen der abstrakten Schuldklage, und dass für die verschiedenen diesem prozessualen Sinn der condictio zu Grunde liegenden causae ein materiellrechtlicher Grundgedanke sich nicht aufstellen lässt, so wird m. E. das Wesen der klassischen Condictio klarer.

Es würde sich nach alledem folgendes Bild von dem Entwickelungsgange der römischen Condictio ergeben: Die Condictio ist zur Zeit des Legisaktionenprozesses entstanden und hat in kontinuierlicher Entwickelung fortbestanden.

Von ihrer Entstehung an bis herab zu Gaius' Zeit und noch weiterhin war sie die (formell-) abstrakte persönliche Schuldklage des strengen Rechts, insoweit ein Institut des römischen Prozesses. Daneben hatte sie seit der Zeit des sogenannten fakultativen Formularprozesses bis zu Gaius und weiterhin den Sinn der Rückforderungsklage; insoweit gehörte sie dem materiellen Rechte an.

C. Zweifelhafte Punkte der Condictionenlehre.

Diese Lehre von der Entwickelung der römischen Condictio lässt meines Erachtens doch noch gewisse Zweifel übrig. Es ist hier weder beabsichtigt noch möglich, sie zu lösen. Nur ein Versuch soll gemacht werden, die Richtung festzustellen, in der vielleicht die Möglichkeiten einer Lösung mancher Condictionsprobleme liegen. Bei ihrer Erörterung soll stützend das Material verwandt werden, das der vorhergehende Teil dieser Arbeit enthält.

Von vorneherein schon fällt es auf, dass die herrschende Lehre eigentümlich ist:

Nach ihr wäre die condictio als ein Institut des altrömischen Prozesses und zwar als ein Institut sehr klarer und scharfer Ausprägung, als abstrakte persönliche Schuldklage, entstanden und hätte durch die ganze weitere Entwickelung des römischen Rechtes so fort bestanden; und dann, bedeutend später, hätte sich noch

ein engerer, materiellrechtlicher Begriff der condictio gebildet und neben dem prozessualen, weiten Begriff gestanden [1]).

Die Merkwürdigkeit dieser Erscheinung wäre nun noch kein Beweis gegen ihr Vorhandensein, und wenn die Quellen diese Entwickelung mit Notwendigkeit ergäben, so gäbe es weder Grund noch Möglichkeit, in irgend einer Richtung an ihr zu zweifeln.

Aber ist das denn sicher der Fall?

Fassen wir zunächst die Zeit des sogenannten fakultativen Formularprozesses ins Auge, so ist daran festzuhalten:

In dieser Zeit erwähnen die Quellen keine condictio [2]).

Diese Erscheinung hat für denjenigen nichts Merkwürdiges, der mit dem Dogma von der Kontinuität in der Entwickelung der condictio arbeitet; er sucht, wie auch wir — oben S. 26 — getan haben, diejenige Klage auf, die sachlich der alten legis actio per condictionem am nächsten kommt, und sagt dann: „Die condictio dieser Zeit hiess actio certae creditae pecuniae". Und so sagen in der Tat ziemlich wörtlich Girard [3]), Lenel [4]), v. Mayr. [5]) [6]) [7])

Aber ist nicht vielleicht bei dieser Betrachtungsweise der Quellen vorausgesetzt, was gerade durch ihre Betrachtung erst hergeleitet werden müsste, nämlich die Kontinuität in der Entwickelung der römischen condictio?

---

[1]) s. oben S. 23.25 f. 32 ff. 38.

[2]) s. oben S. 25 f. Nicht ganz begründet erscheint daher m. E., was v. Koschembahr-Lyskowski I S. 55 über die Uebergangszeit zum Formularprozess ausführt: Man „setzte die aº auf D.O. ein, die a. creditae pecuniae. Den Namen condictio behielt man bei, um die Fälle, in denen die aº creditae pecuniae auf Grund des Peregrinenrechts eingriff, zusammenzuhalten . . ." Wie ergibt sich das aus den Quellen?

[3]) Manuel[4] S. 490.

[4]) l'édit I S. 270: „la condictio s'appelait dans ce cas actio certae creditae pecuniae". Ebenso jetzt Ed. Perp.[2] S. 228.

[5]) S. 136. cf. auch S. 49: „Denn bedient sich Cicero auch nicht des Namens der condictio, so liegt doch jedenfalls deren Tatbestand seiner Rede zu Grunde".

[6]) Vgl. dagegen Bekker Aktionen I S. 106.

[7]) Vgl. auch Mitteis in Jherings Jahrb. f. die Dogm. 39 S. 157 n. 2: „Soviel ich sehe, ist die h. L. immer auf Identifizierung des certum condicere mit der aº certae creditae pecuniae gegangen, und ich wüsste hiergegen kaum etwas Stichhaltiges einzuwenden. . . ."

Kennen die Quellen des fakultativen Formularprozesses keine condictio, so lässt diese Erscheinung sich doch nicht dadurch entkräften, dass ich an ihre Stelle die actio certae creditae pecuniae einsetze, die zwar eine abstrakte Schuldklage, aber doch nicht ohne Weiteres eine condictio ist. Condictio und abstrakte Schuldklage würden doch nur dann schlechthin zu identifizieren sein, wenn sich diese Identität für jede einzelne Periode des römischen Rechtes aus den Quellen ergäbe. In Wirklichkeit ist das aber, wie oben — S. 43 — dargelegt, erst für die Quellen aus der Zeit des Gaius der Fall.

v. Mayr hat versucht[1]), den Wegfall des Namens condictio der Uebergangszeit dadurch zu erklären, dass, solange die Spruchformel noch in Geltung stand, der Prätor habe bestrebt sein müssen, „die zweite mögliche Form des Verfahrens schon im Namen zu unterscheiden". Dagegen spricht aber — kaum die Tatsache, dass wir für die Uebergangszeit kein Zeugnis für die l. a. per condictionem haben[2])[3]) —, wohl aber folgendes Moment: v. Mayrs Erklärung wäre sehr plausibel, wenn nach diesem einstweiligen Wegfall die condictio später, als man sich der sachlichen Gleichheit der betreffenden Klage des Formularprozesses mit der alten legis actio per condictionem bewusst wurde, in dem alten, weiten prozessualen Sinne wieder aufgekommen wäre; stattdessen aber finden wir sie in der Zeit des obligatorischen Formularprozesses in dem rein materiellrechtlichen Sinne des Rückforderungsanspruches wieder; siehe die oben S. 33ff. befindliche Quellenzusammenstellung.

Die Frage, ob die a. certae creditae pecuniae des sogenannten fakultativen Formularprozesses eine condictio war, bejaht die herrschende Meinung, da die a. certae creditae pecuniae eine abstrakte Schuldklage war. Könnte man sie nicht ebensowohl verneinen? Nicht aber indem man mit Karlowa und Stintzing begriffliche und äussere Unterschiede zwischen a. certae creditae pecuniae und condictio aufstellt, die sich, wie oben (S. 30f.) zu zeigen versucht worden ist, nicht halten lassen,

[1]) S. 48.

[2]) Wlassak Röm. Prozessges. I S. 128; v. Mayr S. 47 mit n. 3.

[3]) Ueber die Frage, ob etwa die lex Rubria von Legisaktionen, nicht von formulae berichtet, siehe Bekker Z. Sav. 27 S. 5.

sondern aus historischen Gründen: Weil jene Zeit keine condictio kannte[1]).

Ein Einwand liegt nahe: es handle sich hier nur um eine Frage der Terminologie; Hauptsache sei, dass die a. certae creditae pecuniae eine abstrakte Schuldklage und in dem Sinne eine condictio sei.

Der Einwand trifft aber nicht zu: wären condictio und abstrakte Schuldklage schlechthin gleichzusetzen, so wäre er berechtigt; gerade darin aber läge vielleicht ein Schwerpunkt unserer Untersuchung, condictio und abstrakte Schuldklage von einander klar zu sondern. An der abstrakten Schuldklage, wie Gaius' Bericht sie für die Zeit des Legisaktionenprozesses ergibt, wie sie für die spätere Zeit von Cicero, von der lex Rubria u. s. f., weiterhin von Gaius selbst bezeugt ist, zu zweifeln würde nicht der geringste Grund vorliegen. Die Verkettung dieser Entwickelung mit der des Begriffes „condictio", die Gleichsetzung dieser beiden Begriffe aber wäre dann vielleicht nicht berechtigt.

In der ersten Zeit des obligatorischen Formularprozesses kommt[2]) abgesehen von geringfügigen Spuren condictio ausschliesslich im Sinne der Rückforderungsklage vor. Darf man also in dieser Periode mit der herrschenden Meinung die condictio mit a. certae creditae pecuniae oder abstrakter Schuldklage gleichsetzen?

Bei Gaius erst findet sich der prozessuale Begriff der condictio neben dem materiellen wieder, wie das oben[3]) bereits geschildert ist.

Ueberblickt man von diesem Punkte der Darstellung aus die gesamte Entwickelung der condictio, so würde man unter Berücksichtigung des Vorstehenden zu folgendem Bilde kommen:

---

[1]) Insofern treffen Lenels an sich gewiss richtige Ausführungen (Ed. Perp.[2] S. 228 n. 3) die im Texte als möglich vertretene Auffassung nicht. Wenn er nämlich sagt: „Alle Versuche, zwischen a. certae creditae pecuniae und condictio certae pecuniae zu unterscheiden, scheitern m. E. daran, dass unterscheidende Merkmale zwischen den angeblichen beiden Formeln nicht nachweisbar sind", so bleiben historische Gesichtspunkte, die eine solche Unterscheidung rechtfertigen, immerhin möglich.

[2]) s. oben S. 32—35. 38.

[3]) S. 39. 43 ff. 47.

a. Zeit des Legisaktionenprozesses:
Condictio im prozessualen Sinne = abstrakte Schuldklage.
b. Uebergangszeit:
Keine condictio in den Quellen, aber a. certae creditae pecuniae = abstrakte Schuldklage.
c. Vorgajanischer obligatorischer Formularprozess:
Condictio im materiellen Sinne = Rückforderungsklage, daneben a. certae creditae pecuniae = abstrakte Schuldklage.
d. Obligatorischer Formularprozess zu Gaius' Zeit:
Condictio im materiellen Sinne = Rückforderungsklage, daneben condictio im prozessualen Sinne = a. certae creditae pecuniae = abstrakte Schuldklage.

Darf man einen so inkonsequenten Gang der römischen Rechtsentwickelung zutrauen?

Der kritische Punkt liegt zweifellos in der Zeit des Legisaktionenprozesses.

Damals soll nach Gaius die condictio eine formell-abstrakte auf Certum gerichtete Schuldklage gewesen sein, und darin eben liegt das Moment, welches die spätere Rechtsentwickelung so seltsam erscheinen lässt.

Wie soll man sich erklären, dass der Wegfall des Legisaktionenprozesses für die Römer auch den Verlust eines bestimmten sehr klar entwickelten Rechtsbegriffes mit sich gebracht hätte und dass nach langer Zeit erst und nachdem der Begriff in ganz anderem Sinne wieder aufgetaucht wäre, der alte Sinn sich wiedergefunden hätte?

Bereits mehrmals ist darauf hingewiesen worden, dass für unsere Kenntnis vom Rechtszustande der Legisaktionenzeit Gaius im Grunde die einzige Quelle ist. Ueber seinen Bericht hinaus finden wir nirgends in römischen Quellen etwas von einer alten „legis actio per condictionem", vor allem die alten Quellen kennen keine.

Plautus ist die legis actio per condictionem vollkommen fremd; das Wort condicere findet sich zwar bei ihm, aber in absolut nicht technisch-juristischem Sinne[1]). Dabei kommen

[1]) cf. Gonzalez Lodge Lexicon Plautinum (Lips. 1901—08) I 4 s. v. condico; s. oben S. 24 n. 1.

Tatbestände genug bei ihm vor, in denen von condictio und condicere doch wohl die Rede wäre, wenn sie ihm bekannt wären[1]).

Das Gleiche gilt in späterer Zeit für Cicero, vor allem bezüglich des Rosciusprozesses[2]). Kurzum die wirklich alten Quellen sprechen von einer legis actio per condictionem und von einer condictio nicht.

Kombiniert man nun diese Tatsache mit dem Umstande, dass die Quellen des frühen obligatorischen Formularprozesses die condictio nur als Rückforderungsklage, nicht als abstrakte Schuldklage kannten, so liegt folgender Schluss nicht ganz fern: Könnte Gaius nicht vielleicht in der Benennung des in IV 17 a—20 von ihm geschilderten Rechtsinstituts — und nur in dieser — sich getäuscht haben, könnte er nicht den Namen derjenigen Klage seiner Zeit, die nach Charakter und Anwendungsgebiet der alten legis actio entsprach, zu Unrecht nach rückwärts projiziert haben?

Gaius schrieb seine Institutionen um 161 n. Chr.;[3]) die legis actio per condictionem aber hatte ihre Rolle jedenfalls noch vor Christi Geburt, höchstwahrscheinlich aber schon mit der lex Aebutia, also an die dreihundert Jahre vor Gaius ausgespielt; so wäre ein Irrtum des Gaius wohl denkbar, und dass er bezüglich dieser alten Zeiten nicht ganz zuverlässig ist, wird ziemlich allgemein anerkannt[4]). Man könnte einwenden, dass der Name condictio für die Gaianische legis actio zu gut passe zu der denuntiatio, die bei ihr stattgefunden haben soll; aber Kipp weist mit Recht in anderem Zusammenhange darauf hin[5]), dass die denuntiatio doch eigentlich nichts der legis actio per condictionem Eigentümliches gewesen sei, vielmehr in ganz ähnlicher Weise auch bei der legis actio sacramento vorkam. Man könnte also annehmen, dass Gaius eben mit Rücksicht auf den von ihm

---

[1]) Vgl. Costa Diritto priv. Romano nelle com. di Plauto S. 438 f.; Bekker Aktionen I S. 104 mit n. 14.

[2]) Oben S. 25 ff.

[3]) cf. Fitting Alter und Folge der Schriften römischer Juristen (1908) S. 57.

[4]) Vgl. Krüger Geschichte d. Quellen S. 185 f.; H. Krüger b. Grünhut Bd. 26 S. 242 ff.; siehe aber Wlassak Röm. Prozessges. I S. 134.

[5]) Bei Pauly-Wissowa VII S. 848.

seiner in IV 17a—20 geschilderten legis actio gegebenen Namen ihre Eigentümlichkeit zu Unrecht in der denuntiatio gesucht hat.

Wenn diese Vermutung richtig sein sollte, so würde etwa folgende Entwickelung sich als möglich ergeben: Wir haben nicht den geringsten Grund daran zu zweifeln, dass der Legisaktionenprozess eine Klage mit den von Gaius geschilderten Eigenschaften (s. oben S. 3—22), eine formell-abstrakte persönliche Schuldklage gekannt hat; wir finden diese abstrakte Schuldklage als a. certae creditae pecuniae im Formularprozess wieder, und bezüglich ihrer wäre eine vollkommen kontinuierliche Rechtsentwickelung anzunehmen. Die Bezeichnung „condictio" aber hätten wir von dieser Entwickelung zu trennen: sie wäre dann nicht alt, sondern jung und erst etwa um die Zeit des Ueberganges vom fakultativen zum obligatorischen Formularprozess entstanden.

Dass die condictio erst spät in den Quellen vorkommt, ist vielfach betont. Bekker sagt[1]: „Bei Plautus wie bei Cicero kommt das Wort condictio gar nicht, condicere nicht in unserem technischen Sinne vor; es scheint also selbst die Verbreitung dieser Ausdrücke von den späteren Juristen ausgegangen zu sein." Zu der Frage des Namens der legis actio per condictionem aber nimmt Bekker keine Stellung.

Im Jahre 1904 schrieb Bekker[2]: „Zweierlei steht über jeder Differenz der Meinungen: erstlich, dass eine L. Silia die L. A. per condictionem für „certa pecunia", und eine L. Calpurnia die gleiche Legisaktion für jede „certa res" eingeführt hat..."

Gerade dieser Punkt ist aber m. E. nach dem Vorangegangenen nicht so ganz gesichert und ist mit Bekkers oben zitierter Aeusserung doch nicht eigentlich zu vereinigen.

Nach dieser Auffassung wäre es mithin nicht unmöglich, dass die condictio entstanden ist als das rein materiellrechtliche Institut der Rückforderungsklage, als condictio sine causa im weiten Sinne; dann wäre man sich dessen bewusst geworden, dass dieser Rückforderungsanspruch geltend gemacht wurde mit der gleichen Formel wie alle die anderen Fälle der abstrakten Schuldklage, wie die verba, litterae und die vertragsmässig begründete res; und man

[1]) Aktionen I S. 106.
[2]) Z. Sav. 25 S. 393.

könnte dann mit Rücksicht auf eben diese Gleichheit der Formel das ganze Institut, nunmehr also im prozessualen Sinn, condictio genannt haben, ohne den bisherigen Sinn von condictio aufzugeben, der vielmehr weiter fortbestand. Und würde diese Entwickelungslehre nicht vielleicht dem entsprechen, was die Quellen des fakultativen und des obligatorischen Formularprozesses bezüglich der condictio ergeben? Denn in den Quellen aus der Zeit des sogenannten fakultativen Formularprozesses ist die condictio nicht erwähnt (s. oben S. 24ff.); bezüglich der Zeit des frühen obligatorischen Formularprozesses ergab die (oben S. 33ff. befindliche) Quellenzusammenstellung, dass condicere damals fast ausschliesslich in dem rein materiellrechtlichen Sinne des Repetere, des Zurückforderns, vorkam. Und erst seit Gaius (s. oben S. 39) finden sich beide, der prozessuale und der materielle Sinn von condictio in den Quellen.

Das Ergebnis wäre dann folgendes: An dem von der herrschenden Meinung angenommenen von Gaius geschilderten Rechtszustande würde in sachlicher Beziehung sich nicht das Geringste ändern.

Nur der Begriff oder besser der Name condictio wäre dann nicht alten, sondern jungen Ursprunges und erst in der Zeit des Formularprozesses aufgekommen.

Die Begriffe condictio und abstrakte Schuldklage aber, und condictio und a. certae creditae pecuniae wären in ihrer geschilderten Entwickelung von einander zu trennen.

Bei dem Rechtszustande der Zeit des Gaius ist es auf lange hinaus geblieben, neben dem Sinn der condictio als Rückforderungsklage finden sich auch Fälle, in denen sie als Klage aus Kontrakten auftritt. Dabei ist aber zu bemerken, dass diese letzteren Fälle selten sind:

Gegenüber den Hunderten von Stellen nachgajanischer Schriftsteller der Digesten, die von einer Rückforderungscondictio handeln, sind von nachgajanischen Stellen mir nur folgende bekannt, die eine Vertragscondictio enthalten oder zu enthalten scheinen:

a) Condico.

Ulpianus D. 12, 1, 9.

D. 12, 4, 3, 4: Quin immo et si nihil tibi dedi, ut manumitteres, placuerat tamen, ut darem, ultro tibi com-

petere actionem, quae ex hoc contractu nascitur, id est condictionem defuncto quoque eo.

Die Stelle scheint eine condictio aus Stipulation zu enthalten [1]); indes bestehen Zweifel an ihrer Ueberlieferung, Lenel hält für möglich [2]), dass die Worte id est condictionem ein Glossem sind.

Ganz zweifelhaft sind auch Echtheit und Inhalt von Ulpianus D. 44, 2, 5 [3]):

. . . ut puta si quis mandati acturus, cum ei adversarius iudicio sistendi causa promisisset, propter eandem rem agat negotiorum gestorum vel condicat, de eadem re agit.

Ueber

Paulus D. 12, 1, 29 s. oben S. 38.

Zweifelhaft ist ferner desselben Schriftstellers

D. 12, 2, 28, 4 [4]).

Paulus D. 15, 4, 5 enthält wohl zweifellos eine Darlehns-Condictio [5]).

b) Condictio.

Ulpianus D. 12, 1, 9.

D. 13, 3, 1 pr. (condictio triticaria).

D. 44, 7, 25 pr. (Die Definition):

Actionum genera sunt duo, in rem, quae dicitur vindicatio, et in personam, quae condictio appellatur. in rem actio est, per quam rem nostram, quae ab alio possidetur, petimus: et semper adversus eum est qui rem possidet. in personam actio est, qua cum eo agimus, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid vel dandum: et semper adversus eundem locum habet.

c) Condicticius.

Ulpianus D. 12, 1, 24:

---

[1]) Vgl. v. Mayr S. 208.

[2]) Pal. II Ulp. 772 n. 3. 4.

[3]) Vgl. Pflüger Ciceros Rede pro Q. Roscio S. 71 f., der die störenden Worte vel condicat einfach „hinauswirft", aber auch Pernice III 1 S. 232 n. 1, der es für bedenklich hält, die Stelle zu benutzen.

[4]) Vgl. die bei v. Koschembahr-Lyskowski II S. 5 n. 13 zitierte Literatur, besonders weitgehend in der Annahme einer Interpolation auch hier Pflüger S. 71 f.

[5]) cf. Mitteis Jherings Jahrb. 39 S. 171.

Si quis certum stipulatus fuerit, ex stipulatu actionem non habet, sed illa condicticia actione id persequi debet, per quam certum petitur, enthält eine Stipulationscondictio[1]).

Indessen so recht in Fleisch und Blut scheint den Römern diese Idee der condictio, die nicht nur Rückforderungs- sondern auch Kontraktsklage war, nicht übergegangen zu sein, das ergibt sich vor allem aus dem bereits erwähnten zahlenmässigen Verhältnis der Fälle von Vertragscondictionen zu den so weitaus überwiegenden der Rückforderungscondictionen; das ergibt die Tatsache, wie in den Systematisierungsversuchen der römischen Wissenschaft, so in D. 12, 7, 1 pr. — § 3 die Vertragscondictio einfach ausser Betracht bleibt, das ergibt vielleicht auch die eigentümlich umständliche Ausdrucksweise der Stelle D. 12, 1, 24 — wenn sie nicht von Tribonian herrührt — illa condicticia actione per quam. . . . ., als müsste man sich erst klar machen, dass auch eine derartige Vertragsklage als condictio angesehen werden konnte!

Das eigentliche Wesen der condictio erblickte man wohl nach wie vor in der Rückforderungsklage, und man wird hier vielleicht ein gewisses Auseinandergehen der Wissenschaft, deren Auffassung aus Gaius IV 5. 33 und Ulpian D. 44, 7, 25 pr. sich ergibt, und dem allgemeinen Rechtsbewusstsein, das an der condictio als Rückforderungsklage festhielt, annehmen dürfen.

Insofern hat Pernice gewiss Recht, wenn er die condictio als eigentliche Rückforderungsklage auffasst[2]); dass er aber dabei es sein Bewenden haben lässt, dass er die zitierten Definitionen des Gaius und des Ulpian als „praktisch und begrifflich bedeutungslos“ beiseite lässt und die Dinge „ohne Rücksicht auf

---

[1]) Falls sie ganz echt ist; Zweifel daran hatte Lenel Pal. II Ulp. 2360, wo er „condicticia“ als ein mögliches Glossem oder als eine mögliche Interpolation charakterisierte. Nunmehr scheint er die Stelle für zweifellos verfälscht zu halten: Ed. Perp.[2] S. 227 n. 1. — Was Stintzing — Beiträge S. 57 — zu der Stelle sagt, ist m. E. nicht richtig: auch hier liegt wohl der Irrtum zu Grunde, der eine sachliche Scheidung zwischen a. certae creditae pecuniae und condictio machen will, anstatt der allein möglichen historischen.

[2]) III 1 S. 232. 214.

die Redeweise der Schule“ erörtert [1]), dass er die Stipulation um jeden Preis der Rückforderungsidee unterordnen will [2]), das ist gewiss nicht berechtigt.

Um eine blosse Redeweise der Schule handelt es sich hier doch nicht, es liegen u. E. sachliche Grundlagen für diese Redeweise vor.

---

[1]) S. 202 f.
[2]) S. 225 f.

Lebenslauf.

Ich, Martin Freudenthal, Sohn des verstorbenen Geheimen Regierungsrates Universitätsprofessors Dr. Jacob Freudenthal und seiner verstorbenen Gattin Therese geb. Sachs, bin geboren am 23. August 1885 zu Breslau. Vorgebildet auf dem Königlichen König-Wilhelms-Gymnasium zu Breslau, studierte ich auf Grund des Gymnasial-Reifezeugnisses sieben Semester Rechts- und Staatswissenschaften an den Universitäten Breslau, Genf und Leipzig und besuchte Vorlesungen, Uebungen und Seminare der Herren

Beyerle, Binding, Bouvier, Brie, Bücher, Dahn, Engelmann, Fischer, Freudenthal, Gentet, Gretener, Heilborn, Jörs, Klingmüller, Leonhard, Mercier, Meumann, Mitteis, Moriaud, Rabel, Rehfous, Sohm, Sombart, Spira, Wolf.

Während der Universitätsferien des Jahres 1905 war ich als Volontär in dem Breslauer Bankhause von E. Heimann tätig.

Am 4. März 1907 habe ich am Königlichen Oberlandesgericht zu Breslau die erste juristische Prüfung mit Auszeichnung, im Anschluss daran das examen rigorosum abgelegt. Meinen juristischen Vorbereitungsdienst habe ich bisher bei den Gerichtsbehörden zu Königstein i. T., Frankfurt a. M. und Berlin geleistet. Gegenwärtig bin ich bei dem Königlichen Amtsgericht Frankfurt a. M. beschäftigt.

Allen meinen hochverehrten Lehrern möchte ich hier meinen ehrerbietigen Dank aussprechen.

Die Herren Geheimrat Fischer und Leonhard und Herr Senatspräsident Engelmann in Breslau, sowie die Herren Professoren Meumann und Moriaud in Genf, Partsch in Göttingen, haben mir während meiner Studienzeit mit ihrem gütigen Rat zur Seite gestanden und mir Anregungen aller Art gewährt.

In Leipzig habe ich in den Vorlesungen und Uebungen des Herrn Geheimrat Mitteis tiefe und nachhaltige Eindrücke wissenschaftlicher Art empfangen und zum ersten Mal rechtshistorisch arbeiten dürfen.

Herrn Geheimrat Bekker in Heidelberg bin ich für wertvolle Ratschläge bei der Anfertigung dieser Arbeit zu Dank verpflichtet.

H. Fleischmann, Breslau, Chlauerstr. 8.